التعارض والترجيح في طرق الإثبات

"دراسة فقهية قانونية مقارنة"

إعداد

سليم علي مسلم الرجوب

المشرف

الدكتور محمد خالد منصور

قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القضاء الشرعي

كلية الدراسات العليا

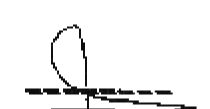
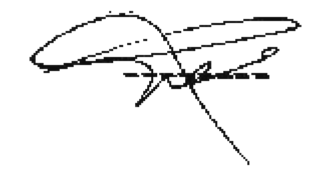
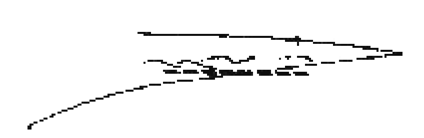
الجامعة الأردنية

آب – ٢٠٠٦ م

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الأطروحة (التعارض والترجيح في طرق الإثبات – دراسة فقهية قانونية مقارنة)

وأجيزت بتاريخ : ٧/٨/٢٠٠٦م.

أعضاء لجنة المناقشة	التوقيع
الدكتور محمد خالد منصور مشرفاً أستاذ مشارك في الفقه وأصوله	
الأستاذ الدكتور محمد حسن أبو يحيى، عضواً أستاذ الفقه المقارن	
الدكتور سري زيد الكيلاني، عضواً أستاذ مشارك في الفقه المقارن	
الدكتور محمد حمد عبد الحميد، عضواً أستاذ مساعد في الفقه وأصوله (جامعة آل البيت)	

الإهداء

- **إلى أبي حفظه الله..**

حبًا وبرًا ووفاءً...

- **إلى أمي..**

روح طاهرة في جوار باريها.

- **إلى شعبي..**

أبيا مرابطا محتسبا.

- **إلى زوجتي..**

صابرةً مكافحةً ...

- **إلى أبنائي محمد ومالك وعلي..**

أملا في أن يكونوا دعاة مخلصين

- **إلى أخوتي..**

سندا وذخرا

- **إلى الأم التي لم تلدني.**

شكر وتقدير

أشكر لأستاذي الفاضل الدكتور محمد خالد منصور الذي أشرف على هذه الرسالة، فكان خير موجه وناصح ومرشد، فأنعم به ... موجها حكيما، وناصحا أمينا، ومرشدا غيورا، فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما اشكر لأساتذتي الكرام في كلية الشريعة في الجامعة الأردنية ومنهم:

الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين

الأستاذ الدكتور عبدالله إبراهيم زيد الكيلاني

والدكتور عباس الباز

واشكر لكل من ساعد في إخراج هذا العمل.

فهرس المحتويات

التعارض والترجيح في طرق الإثبات

دراسة فقهية قانونية مقارنة

إعداد

سليم علي الرجوب

المشرف

الدكتور محمد خالد منصور

ملخص

تبحث هذه الدراسة في سبل الترجيح بين طرق الإثبات المتعارضة في الشريعة والقانون، فقد تتعارض طريقان من طرق الإثبات كالشهادة مع الكتابة، أو مع علم القاضي، أو مع شهادة أخرى، أو نحو ذلك فعندها نحتاج إلى الخروج من هذا التعارض بترجيح بعضها، أو بالجمع بينها أو نحو ذلك، سعيا وراء حكم عادل بعيدٍ عن أي شائبة تشوبه، فكانت هذه الرسالة محطة مهمة في توضيح سبل الخروج من هذا التعارض، تعين القاضي في دفعه، والخروج منه كيما يأتي حكمه في أنصع صوره وأبهاها.

وقد جاءت هذه الدراسة في أربعة فصول وتمهيد:

تحدث التمهيد عن طرق الإثبات: تعريفا، وإطلاقا وتقييدا، وأهمية.

وتحدث الفصل الأول عن التعارض والترجيح بصفة عامة، وبين طرق الإثبات بصفة خاصة، وكذلك عن سبل الترجيح المعتمدة فقها وقانونا حال وقوع التعارض.

أما الفصل الثاني فكان في الجمع والتوفيق بين طرق الإثبات المتعارضة سبيلا من سبل الترجيح، وشمل ذلك: إعمال البينتين من كل وجه، وإعمالهما من بعض الوجوه دون بعض.

أما الفصل الثالث فتحدث عن الترجيح بين طرق الإثبات المتعارضة، وقد فصل الحديث في القوة الإثباتية لكل طريق من طرق الإثبات، مبينا جوانب الضعف والقوة فيها، كما تحدث عما يصاحب البينات من قرائن وظروف تكون مرجحة وداعمة لها، ومدى قوة تلك القرينة وأثرها في الترجيح.

أما الفصل الرابع فقد تحدث عن تساقط طرق الإثبات المتعارضة، وهي الحالة التي يلجأ إليها القاضي عند تعذر الترجيح بوجه من الوجوه بسبب التعارض المطبق.

تلا ذلك خاتمة أبرزت أهم النتائج والتوصيات التي توصل إليها الباحث.

مُقدِّمَةٌ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الأمين وبعد:

فقد شهدت الساحة الإسلامية في ميدان التطبيق العملي للشريعة الإسلامية خلال القرن الماضي حالة من التراجع والتغييب، وذلك في المجالات كافة: السياسية، والاقتصادية، والفكرية، والقضائية..

وكان الميدان القضائي أحد هذه المجالات، وقد نتج عن ذلك أن عاش القضاء حالة غير مسبوقة من الفصل والتمييز بين شتى موضوعاته، ليستقر على نوعين من القضاء:

النوع الأول: القضاء المدني (النظامي) الذي يستمد موضوعاته من منابع شتى، كانت الشريعة الإسلامية - والفقه الإسلامي تحديدا – إحدى هذه المنابع، وقد تمثل الجانب الأكبر منه في كثير من الأقطار العربية والإسلامية، ومع ذلك فقد غلف بغلاف قانوني بحت، فلم يعد علماء الفقه من يقوم عليه عملا وتطبيقا، ومن ثم لم يعودوا هم من يقوم عليه إصلاحا وتعديلا إذا أعوز الأمر.

وهذا النوع من القضاء يحتل المساحة الأوسع في يوميات العمل القضائي، وما يعالج من قضايا وأحكام.

النوع الثاني: القضاء الشرعي، وهذا مصدره الشريعة الإسلامية، ويقوم عليه رعاية وصونا وكذلك عملا وتطبيقا علماء الشريعة وأهل الاختصاص في هذا الفن، ولكن هذا النوع من العمل القضائي محصور في موضوعات محددة، وضيقة.

ويبدو أن هذا الفصل في موضوعات القضاء أثر سلبا على واقع التأليف والكتابة في أغلب الموضوعات التي نيطت معالجة وتطبيقا بالقضاء المدني، هذا مقارنة بالجهد القضائي الكبير الذي خلفة سلفنا قديما، والذي تزخر به مكتبتنا الإسلامية في هذا المجال، أما الجهود الحديثة في هذا المجال فكانت في كثير منها من زاوية فقهية بحتة بعيدا عن المعالجات القضائية، والتطبيقات الفعلية، هذا إضافة إلى أن كثيرا من الجهود الحديثة انصبت على موضوعات محددة، مثل الموضوعات المتعلقة بالأحوال الشخصية من طلاق ونكاح وولاية ووصاية ونحو ذلك مما قام عليه العمل القضائي في المحاكم الشرعية في أيامنا هذه.

ومن هنا، فنحن اليوم بحاجة ماسة إلى مكتبة قضائية فقهية تعالج كامل القضايا والموضوعات القضائية على ضوء العصر وما يحوي من متغيرات، مستفيدة في ذلك من الجهود السابقة في العمل القضائي، وقد كانت هذه الدراسة والمعنونة بـ (التعارض والترجيح

في طرق الإثبات، دراسة فقهية قانونية مقارنة) لبنة جديدة من لبنات العمل القضائي الحديث تضاف إلى مجموع الجهود المعاصرة في هذا الإطار.

ولا يخفى أهمية هذا الموضوع، فهو متعَلّق من متعلقات القضاء، الذي بدوره يمثل المحطة الأهم في النهوض بالمجتمعات بناءً، وإحياءً، ولا يمكن لأمة أن تحيا آمنة مطمئنة بغير قضاء عادل مستقل، إذ بغيره؛ تسود شريعة الغاب التي لا مكان فيها للضعيف، ومن هنا يكتسب هذا الموضوع أهمية بالغة، فهو – كما قدمت – ركيزة أساسية ولبنة مهمة في العمل القضائي.

كما تبدو أهميته فيما يطرح ويعالج من قضايا ومسائل، فموضوع التعارض والترجيح في طرق الإثبات يعد من الموضوعات الدقيقة والحساسة في العمل القضائي، لأنه يمس واقع الناس بشكل مباشر: أبدانهم، وأرزاقهم، وأعمارهم، وحياتهم كاملة، فبه نميز المحق من المبطل، والصادق من الكاذب، والمعتدي من المعتدى عليه، وكل هذا إنما يحتاج إلى دراية وفهم عميقين حتى نتوصل إلى الحق الدامغ، أو ما نعتقده كذلك. كما أنه يعرض إلى مسائل حيوية وهامة، وهي بحاجة دوما إلى من يقوم عليها دراسة وتجديدا، فالذي تشهده الساحة القضائية من تطور وازدهار خاصة فيما يتعلق بموضوع الإثبات ليس باليسير، وإنما جدير بالدراسة والاهتمام، فمثلا يعد تحديد البينة الأقوى مشكلة حقيقية تواجه القضاء، ليقف أمامها حائرا متشككا، وهي في ذات الوقت لا تقف عند بيان محدد في عصر من العصور، بل تتغير تبعا لتغير الزمان والمكان، كل هذا تعرض له هذه الرسالة بالبحث والدراسة والتمحيص.

أضف إلى ما سبق أن هذا الموضوع - التعارض والترجيح في طرق الإثبات - من الموضوعات التي نتوصل إلى أقوال الفقهاء فيها من خلال ما كانوا يعرضونه من قضايا، وفرعيات في كتبهم الأمر الذي يجعل فيه من الصعوبة ما فيه، خاصة في هذا العصر الذي رغب فيه كثير من الناس عن الرجوع إلى أمات الكتب بحثا وتنقيبا، فإبراز هذه الآراء مجتمعة في كتاب مستقل يخفف عناء البحث عن هؤلاء، ويسهم في إضافة لبنة في بناء الفقه المقارن الذي هو طابع الدراسات الفقهية المعاصرة.

ومما يزيد في أهميته أنه يشير إلى بيان موقف الشريعة الإسلامية من قضية الإستعانة بالوسائل الحديثة في ترجيح البينات، ومن ذلك الاستدلال على قوة القرائن أو ضعفها بتلك الوسائل، ومدى اعتبار الشارع لها، كما أنه يعرض إلى قضية هي محل خلاف وجدل بين الفقهاء والقانونين، وهي البينة الأقوى في الإثبات، فلا شك أن القول الفصل في ذلك يحتاج إلى بحث وتجرد.

مشكلة الدراسة:

تجيب الدراسة عن الأسئلة الآتية:

- ما المقصود بتعارض طرق الإثبات؟ وكيف يكون؟
- هل يقع التعارض بين طرق الإثبات في القانون الوضعي؟ وكيف عالج المشرع القانوني ذلك؟
- هل تختلف معالجة الفقه لمشكلة التعارض بين طرق الإثبات عنها في القانون؟
- هل لتغير الزمان أثر في طرق الإثبات قوة وضعفا؟
- ما البينة الأقوى في القانون؟ وهل نظرته في ذلك تختلف عن نظرة الفقه؟
- هل تلعب وسائل العلم الحديثة دورا في تحديد البينة الراجحة؟ وما مدى اعتبار الشارع لذلك؟
- كيف يكون الترجيح بين طرق الإثبات حال تعارضها في الفقه والقانون؟
- ما دور القاضي في الترجيح؟ وهل له سلطة تقديرية تجاه البينات قوة وضعفا؟ وهل تختلف هذه السلطة بين الفقه والقانون - أيهما منح القاضي مساحة أكبر؟

هذه الأسئلة وأخرى غيرها ستكون محور البحث في هذه الدراسة.

الدراسات السابقة:

موضوع التعارض والترجيح في طرق الإثبات من الموضوعات المهمة والحساسة في العمل القضائي كما بينت سابقا، وقد بحثه سلفنا قديما بشكل مستوعِب لكامل جزئياته وتفريعاته بما يتناسب وعصرهم، ونجده مبثوثا في كتبهم وموسوعاتهم.

ولكن الملاحظ هنا أن هذا الموضوع لم يفرد - في حدود ما أعلم - ببحث مستقل يحوي كامل متعلقاته - سوى ثلاث دراسات مختصرة ستأتي الإشارة إليها في حينه - وهذا شأن الكتابة والتأليف قديما، حيث كانت في أغلبها تحوي موضوعات الفقه بشكل متكامل بعيدا عن التجزئة، والتفريع الذي يشهده واقع التأليف اليوم، وليس معنى هذا عدم وجود مؤلفات قديمة تعالج قضايا محددة، بل كان ذلك، لكنه مقارنة بحجم التأليف قديما يعد قليلا.

وكان نتيجة ذلك - أي عدم استقلالية هذا الموضوع بالبحث والتأليف قديما - أنا نجده مبثوثا بين موضوعات طرق الإثبات المختلفة، وغالبا ما يستخرج من مسائل وفرعيات تحدث عنها العلماء بعيدا عن موضوع التعارض جملة وهكذا.

ويمكن تقسيم الجهود العلمية ولاسيما الحديثة منها - التي قدر لي الاطلاع عليها - حول هذا الموضوع إلى ثلاثة محاور، هي:

المحور الأول: ما كان منها في طرق الإثبات بشكل عام.

المحور الثاني: ما كان منها في التعارض والترجيح.

المحور الثالث: ما كان منها في موضوع الدراسة.

أما بالنسبة للمحور الأول، وهو ما كتب في طرق الإثبات بشكل عام، فهو جهد ليس باليسير، بعضه جمع بين الفقه والقانون، وبعضه الآخر اقتصر على جانب محدد منه، ومما وقفت عليه في هذا الموضوع ما يأتي:

- الدكتور محمد الزحيلي في كتابه (وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية) وهو عبارة عن دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، تعرض فيه الكاتب لموضوع التعارض والترجيح في طرق الإثبات بشكل مختصر ومقتضب – وهو ما يتناسب مع طبيعة بحثه - والنتيجة أنه لم يستوعبه بحثا ودراسة.
- الدكتور محمد بن معجوز في كتابه (وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي)، تناول فيه الكاتب وسائل الإثبات المعروفة، تحدث في الباب الأول عن الإقرار ببيان أحكامه، ومدى حجيته، وفي الباب الثاني عن الشهادة: أهميتها، وحجيتها، ثم بحث في الباب الثالث في اليمين وأحكامها، ثم الباب الرابع الذي خصصه للحديث عن كتابة الوثائق: أهميتها، وأحكامها، وكيفيتها، ومدى اعتبارها، ثم الباب الخامس الذي بحث فيه موضوع قرائن الأحوال ومدى حجيتها، وتحدث عن الحيازة وأحكامها باعتبارها قرينة في الظاهر، ولم يتعرض الكاتب لموضوع التعارض بين البينات.
- الدكتور أحمد عبد المنعم البهي في كتابه (من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون)، اقتصر فيه مؤلفه على بعض طرق الإثبات، وهي ما سماه طرق الإثبات المختلف فيها عند الفقهاء، وهي القضاء بالشاهد واليمين، والنكول، والقضاء بالقرينة، والقضاء بعلم القاضي، كما عرض في البداية للحديث عن طرق الإثبات القانونية بشكل موجز.
- الشيخ أحمد إبراهيم بك، والمستشار واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، في كتابه (طرق الإثبات الشرعية)، وهو بحث فقهي قانوني في موضوع الإثبات، تعرض الكاتبان فيه بإشارات مقتضبة إلى الحديث عن القوة الممنوحة لطرق الإثبات في الفقه والقانون حال الحديث عن تلك الطرق وليس في بحث مستقل وخاص.

- محمد أبي الهدى اليعقوبي الحسني له كتاب بعنوان (حسن الفهم لمسألة القضاء بالعلم) تعرض فيه الكاتب لمسألة تعارض البينات مع علم القاضي بشكل مختصر، وغير كاف.
- الدكتور سليمان مرقس في كتابه (في طرق الإثبات وقواعد تقييد الأدلة وإطلاقها)، وهو عبارة عن كتاب قانوني في قانون الإثبات المصري، مكون من أربعة أجزاء، تحدث في الجزء الأول منه عن تعريف الإثبات، وأهميته، ومحله، وإجراءات الإثبات، ثم فصل الحديث في الإثبات بالكتابة، وفي الجزء الثاني تحدث عن الإقرار، واليمين وإجراءاتهما، وتحدث في الجزء الثالث عن الشهادة، والقرائن، والمعاينة، والخبرة، وفي الجزء الأخير منه بحث في قواعد تقييد الأدلة وإطلاقها، ولم يتعرض الكاتب فيه لموضوع التعارض والترجيح في طرق الإثبات.
- وله أيضا – د. سليمان مرقس- كتاب (من طرق الإثبات – الإقرار واليمين وإجراءاتهما في تقنينات البلاد العربية) وهو أيضا بحث قانوني تحدث فيه مؤلفه عن الأحكام الموضوعة للإقرار، كما تحدث عن اليمين وأنواعها، والأحكام الموضوعة لها.

ويمكن لي أن أسجل الملاحظة التالية على هذه الكتب فيما يتعلق بموضوع التعارض والترجيح في طرق الإثبات وهي؛ أنها تناولت طرق الإثبات بالبحث والدراسة إما بشكل كامل، أو جزئي، في حين أن معالجتها لموضوع التعارض والترجيح كانت مقتضبة ومختصرة، هذا إن وجدت تلك المعالجة أصلا، فكثير منها لم يتعرض لهذا الموضوع، وليس بالضرورة أن يعد هذا ثلم في هذه الكتب، بل قد يكون نتيجة اختلاف في الموضوعات.

وأما فيما يتعلق بالمحور الثاني في هذه الدراسة وهو موضوع التعارض والترجيح، فالملاحظ أن معظم الباحثين لهذا الموضوع تناولوه من الجانب الأصولي، فكان بحثهم له أصوليا، حتى أنه ارتبط موضوع التعارض والترجيح بموضوع علم الأصول من الناحية النظرية في أذهان الكثيرين من طلبة العلم الشرعي، ومن المؤلفات في هذا الموضوع:

- الدكتور عبداللطيف عبدالعزيز البرزنجي له كتاب (التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية) وهو عبارة عن بحث أصولي مقارن في المذاهب الإسلامية المختلفة.
- الدكتور محمد إبراهيم محمد الحفناوي له كتاب (التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية)، وهو كذلك بحث أصولي مقارن في المذاهب الإسلامية المختلفة.
- محمد عبدالباقي محمد علي، له كتاب (تعارض الأقيسة والترجيح بينها)، بحث في علم الأصول.

- أبو بكر عبدالله دوكوري، له كتاب (التعارض والترجيح في النصوص الشرعية وأثرها في اختلاف الفقهاء)، وهو عبارة عن رسالة ماجستير تحدث فيها المؤلف عن أهمية باب التعارض والترجيح في علم أصول الفقه.
- محمد سعيد المجاهد، له كتاب (التعارض والترجيح بين النصوص في العموم والخصوص)، وهو عبارة عن بحث أصولي بين فيه مؤلفه معنى التعارض والألفاظ ذات الصلة...
- عمر قاسم محمد قرعان له (التعارض والترجيح بين العلل عند الإمام فخر الدين محمد بن عمر الرازي، والإمام السرخسي) رسالة ماجستير، وهو عبارة عن بحث أصولي تحدث فيه المؤلف عن آراء علماء الأصول في الترجيح بين العلل وبخاصة رأيي الرازي، والسرخسي.
- أسامة سالم أحمد جوارنة، له (التعارض بين النص والمصلحة وكيفية دفعه) رسالة ماجستير، عبارة عن بحث أصولي تحدث فيه المؤلف عن العلاقة بين النص والمصلحة وأن التعارض بينهما تعارض ظاهري فقط.
- الدكتور شكري حسين راميتش البوسنوي، (تعارض ما يخل بالفهم وأثره في الأحكام الفقهية) وهو عبارة عن كتاب أصولي درس فيه المؤلف الأحوال المخلة بفهم الأصولي حال دراسة القواعد الأصولية، هذه الأحوال هي: التخصيص، والإضمار، والمجاز، والنقل، والاشتراك، والنسخ، فكان بحث المؤلف منصبا على هذه الأحوال، كما بين أثرها في الخلاف بين الفقهاء من خلال إيراد بعض المسائل الفقهية التي حصل فيها التعارض من هذا النوع.
- الدكتور السيد صالح عوض، (دراسات في التعارض والترجيح عند الأصوليين) بحث فيه: تعارض الأدلة الشرعية من كتب أصول الفقه، ففي البداية عرف التعارض، وتحدث عن التعارض بين الأدلة العقلية والأدلة النقلية، ثم فصل الحديث في التعارض بين الأدلة النقلية، كما أفرد فصلا للحديث عن الترجيح بين هذه الأدلة المتعارضة، لم يعرض الكتاب للحديث عن فروع فقهية أثناء دراسة القواعد الأصولية، كما هي عادة الباحثين المعاصرين لمثل هذا الموضوع.

وإن كان لي من ملاحظة فهي: أن هذه الكتب - السابقة - مؤلفات في علم أصول الفقه، تشابهت موضوعاتها أحيانا - إن لم تكن متحدة – وافترقت أخرى، وهذه الكتب جميعها لم تتعرض من قريب أو بعيد لموضوع الترجيح في طرق الإثبات المتعارضة، فضلا عن أن تصيغها على شكل قواعد، فهي بعيدة تماما عن موضوع هذه الدراسة، ولا يوجد توافق بينهما

سوى في بعض القضايا الفرعية كالنظرة الأصولية للقاعدة، ونحوذلك مما لا يعد من صلب موضوعات هذه الرسالة بل لا يعدو كونه مدخلا إليها.

أضف إلى ذلك أن هناك مؤلفات في التعارض والترجيح مختصة بجانب العقيدة، وأخرى بعلم الحديث، وهي متعددة ومشهورة، وأرى أنه لا حاجة بنا إلى عرضها هنا لبعدها عن موضوع الدراسة، ولعدم تعلقها به، وإن تشابهت معها في العنوان، لكن العبرة للمعاني، لا للألفاظ والمباني.

أما فيما يتعلق بالمحور الثالث وهو مدى التوافق بين هذا البحث من حيث المضمون ودراسات أخرى سابقة، فالحق أنني لم أعثر على مؤلف خاص أفرد هذا الموضوع بالبحث والتفصيل لأي من العلماء الأقدمين، سوى ثلاث رسائل مختصرة بشكل واضح، وهي في الجملة قريبة عهد بعصرنا الحاضر إذا ما نظرنا إلى بدايات عصور التأليف في العلوم الإسلامية بشكل عام، وعلم الفقه بشكل خاص، وهذه المؤلفات هي:

- غانم البغدادي المتوفى سنة ١٠٢٧ هـ ألف كتابا مختصرا أسماه (ملجأ القضاة عند تعارض البينات).
- ومحمود حمزة، المتوفى سنه ١٣٠٥ هـ ألف كتاب (الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة)
- وعبد الرحمن الخصالي ألف كتابا أسماه (من له الرجحان عند تعارض البرهان).

فهذه الكتب الثلاثة اقتصرت على الراجح في المذهب الحنفي، كما أنها لم تضع معالم واضحة ومحددة تكون بمثابة ركائز للترجيح يرجع إليها، وإنما تأتي بتراجم بعض أبواب الفقه وتدرج تحتها بعض الأمثلة المفترضة، وترجح بعض البينات على بعض داخل المذهب الحنفي فقط، دون ذكر سبب الترجيح، ولم تتعرض للتعارض من حيث التعريف به وبيان حقيقته، كما لم تتطرق إلى الجمع بين البينات، ولا لموقف القاضي عند تعذر الجمع والترجيح، كما أن عباراتها جاءت غاية في الاختصار.

ومن الكتب المؤلفة في موضوع تعارض البينات في عصرنا الحاضر كتابي: "تعارض البينات في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة" لمحمد عبد الله محمد الشنقيطي، وكتاب "تعارض البينات القضائية في الفقه الإسلامي" لعبد الرحمن محمد عبد الرحمن شرفي.

أما الكتاب الأول فهو عبارة عن رسالة ماجستير مقدمة في جامعة الإمام محمد بن سعود سنة ١٤٠٩ هـ. والكتاب عليه ملاحظات عدة؛ منها أنه لم يستوعب الموضوع بشكل كامل، بل أغفل موضوعات هامة وحساسة كان يجب أن يتناولها بحثا ودراسةً على ضوء الواقع

وما يسفر عنه من مستجدات، مثل موضوع الشهادة، كما أغفل موضوع تساقط البينات بشكل كامل.

وثمة ملاحظات أخرى تتعلق بالكتابة منهجا، وأسلوبا.

أما الكتاب الثاني فهو أجود من سابقه بحثا، ولعل من جملة ما يلاحظ عليه الاطراد في عرض التطبيقات القضائية في المحاكم السودانية، وكذلك الاطراد في بحث المسائل الفقهية بشكل متداخل مما يشتت القارئ، وثمة ملاحظات علمية ومنهجية أشرت إلى بعضها في هذه الدراسة.

ومن الملاحظات الشكلية على هذا الكتاب أنه مطبوع بخط صغير ومتعب للقارئ.

مما سبق يتضح لنا نسبة توافق كل كتاب من الكتب السابقة مع هذه الدراسة، ولا يخفى أن الكتابين الأخيرين أكثرها توافقا، ومع هذا فإن وجودهما لا يغني القُرَّاء الكرام - لا سيما القضاة، والمتخصصين من أهل العلم - عن الإفادة من هذه الدراسة، فهي تميزت عن سابقاتها بجملة أشياء يمكن للقارئ الكريم أن يقف عند كثير منها، ولعل مما تميزت به هو أسلوب العرض، فقد بحثت موضوع التعارض والترجيح في طرق الإثبات بصورة يمكن أن يستلهم منها قواعد للترجيح، وهذا بدوره ييسر على القضاة والحكام كثيرا مما يواجههم في هذا الشأن، أضف إلى ما سبق أن هذه الدراسة تناولت موضوع التعارض والترجيح في طرق الإثبات في الفقه والقانون المدني، والتجاري ولاسيما القانون الأردني، إضافة إلى قانون الأحوال الشخصية المطبق في المحاكم الشرعية في الأردن وفلسطين، الأمر الذي لم يسبق إليه أحد من الباحثين بحسب ما أعلم.

منهجية البحث:

اتبعت هذه الدراسة المنهج الاستقرائي التحليلي، الذي يقوم على استقراء النصوص المتعلقة بموضوع البحث من مصادرها الأصلية، ومن ثم تحليلها وعرضها للقارئ الكريم بصورة واضحة ومبسطة، لتيسير التعامل معها، وذلك وفقا للخطوات الآتية:

١) الاعتماد على المصادر الأصيلة في الفقه لمعرفة آراء الفقهاء في المذاهب الأربعة، وكذلك مذهب ابن حزم، إضافة إلى بعض المذاهب الإسلامية الأخرى التي وجدت لها قولا أو أقوالا مخالفة لما عليه جمهور الفقهاء، أو قولا مؤيدا لما اخترته من أقوال الفقهاء، إضافة إلى أقوال الصحابة – رضوان الله عليهم جميعا - والفقهاء من غير أتباع المذاهب المشار إليها سابقا ممن كانوا قبلهم كفقهاء التابعيين، ومن جاؤوا بعدهم من فقهاء المسلمين.

٢) المقارنة بين موقف الفقه الإسلامي وموقف القانون الوضعي، ولاسيما القانون المدني والتجاري الأردني، إضافة إلى بعض القوانين العربية الأخرى مثل القانون المصري، والعراقي في بعض المواطن، سواء أكانت متفقة مع القانون الأردني أم مختلفة.

٣) تحليل الأدلة ومناقشتها، واستنباط الأحكام منها، وقد اقتصرت حال عرض الأدلة على مناقشة العلماء بعضهم بعضا، إضافة إلى بعض المناقشات خاصة تلك المتعلقة بالنصوص قرآنا وسنة، وعند الترجيح كنت أعرض الدوافع والأسباب لهذا الترجيح.

٤) ترجيح ما يقويه الدليل.

٥) الترجمة الكاملة للأعلام الذين ذكروا في البحث وكانت لهم آراء فقهية واضحة ما لم يكونوا مشهورين كالخلفاء الراشدين، وأئمة المذاهب، ونحو هؤلاء.

٦) الرجوع إلى المصادر اللغوية المعتبرة في معرفة معاني المصطلحات.

٧) تخريج الأحاديث النبوية، والحكم عليها معتمدا في ذلك على مصادر السنة الأصلية.

٨) الاكتفاء بذكر الكتاب، والجزء، والصفحة حال كون الحديث في البخاري ومسلم، أو في أحدهما.

خطة تفصيلية لجزيئات البحث:

قامت هذه الدراسة على تمهيد، وأربعة فصول، وخاتمة:

التمهيد - تحدث عن الإثبات في مبحثين:

المبحث الأول: الإثبات: مفهومه، وأهميته.

المبحث الثاني: طرق الإثبات تقييدا وإطلاقا.

الفصل الأول - في التعارض والترجيح بين طرق الإثبات: مفهومه، ومسالكه، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعارض حقيقته وأركانه وشروطه.

المبحث الثاني: حقيقة الترجيح.

المبحث الثالث: مسالك الترجيح تقديما وتأخيرا.

الفصل الثاني - الجمع بين طرق الإثبات المتعارضة، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: حقيقة الجمع لغة واصطلاحا.

المبحث الثاني: الجمع بإعمال البينتين من كل وجه.

المبحث الثالث: الجمع بإعمال البينتين من بعض الوجوه دون بعض.

الفصل الثالث - الترجيح بين طرق الإثبات المتعارضة،

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: طرق الإثبات قوة وضعفا.

المبحث الثاني: المرجحات (القرائن المصاحبة وأثرها في الترجيح).

الفصل الرابع - تهاتر طرق الإثبات، وفيه مبحثان:

المبحث الأول – حالات تتهاتر عندها طرق الإثبات باتفاق الفقهاء.

المبحث الثاني – حالات اختلف الفقهاء في تهاتر طرق الإثبات عندها.

الخاتمة : تشتمل على أهم النتائج.

هذا ما قدمت، فإن أحسنت فمن توفيق الله، وإن قصرت فمن نفسي، وحسبي أني ما بخلت بجهد طوال مدة البحث، وفي الختام؛ أتقدم بخالص الشكر وعظيم الامتنان من الوالد العزيز الحاج علي مسلم الرجوب الذي ما بخل بجهد ولا مال ولا تشجيع، فأسأل الله تعالى له عمرا مديدا، وبدنا صحيحا معافا، وعملا صالحا، وأن يجعل هذا العمل في ميزان حسناته، إنه سميع قريب مجيب.

التمهيد - وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول - الإثبات: مفهومه، وأهميته.

المبحث الثاني - طرق الإثبات تقييدا وإطلاقا.

المبحث الثالث – على من يقع عبء الإثبات.

المبحث الأول

الإثبات: مفهومه، وأهميته، وفيه مطلبان:

المطلب الأول - مفهوم الإثبات.

المطلب الثاني - أهمية الإثبات.

المطلب الأول

مفهوم الإثبات، وفيه فرعان:

الفرع الأول: الإثبات لغة، وشرعا:

أولا – الإثبات لغة: من ثبت الشيء ثباتا وثبوتا بمعنى استقر وصح وتحقق وأقام، فيقال: ثبت الأمر إذا صح وتحقق، ومنه: أثبت الشيء أي أقره، ومثله قوله تعالى: **(يَمْحُوا اللَّهُ مَا يَشَاءُ وَيُثْبِتُ)** [١] أي يقر، وأثبت الأمر إذا أقام حجته[٢].

ثانيا – الإثبات شرعا:

يبدو أن مصطلح الإثبات لم يكن متبلورا لدى الفقهاء قديما بالشكل الذي غدا عليه حديثا، فهو عندهم لا يخرج عن إرادة المعنى اللغوي له، أي: الاحتجاج، والدوام، والاستقرار، وإقامة الحجة والبينة، وبدا ذلك واضحا في تعريف الجرجاني حيث قال: "الإثبات هو الحكم بثبوت شيء آخر"[٣].

وأما المعاصرون فقد عرفوا الإثبات بتعريفات متقاربة، من هذه التعريفات:

- ما ذكره رواس قلعه جي من أن "الإثبات هو إقامة الدليل أمام القاضي على صحة الادعاء"[٤].
- ومثل التعريف السابق، أو قريب منه ما ورد في كتاب طرق الإثبات الشرعية والذي ينص على أن "الإثبات هو إقامة المدعي الدليل على ثبوت ما يدعيه قبل المدعى عليه"[٥].
- ومن ذلك ما اختاره الزحيلي نقلا عن موسوعة الفقه الإسلامي والذي ينص على أن "الإثبات هو إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية"[٦].

---

(١) سورة الرعد، آية ٣٩.

(٢) انظر: ابن منظور، محمد بن مكرم. **لسان العرب**. بيروت: دار صادر. حرف التاء فصل الثاء،ج٢ ص٢٠-٢١. وأنيس، إبراهيم ومنتصر، عبد الحليم والصوالحي، عطية وأحمد، محمد خلف الله. **المعجم الوسيط**. (طبعة ثانية). باب الثاء، ج١ ص ٩٣.

(٣) الجرجاني، علي بن محمد، (١٩٧٨). **التعريفات**. بيروت: مكتبة لبنان، ص ٤.

(٤) قلعه جي، محمد رواس، (١٤٢١-٢٠٠٠). **الموسوعة الفقهية الميسرة**. (طبعة أولى). بيروت: دار النفائس، ص ٧.

(٥) إبراهيم، أحمد بك وإبراهيم، واصل علاء الدين، (٢٠٠٣). **طرق الإثبات الشرعية**. (طبعة رابعة). الأزهرية للتراث، ص ٣١.

(٦) الزحيلي، محمد، (١٤١٤-١٩٩٤). **وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية**. (طبعة ثانية). دمشق – بيروت: مكتبة المؤيد، ومكتبة دار البيان، ص٢٣.

والملاحظ أن أيا من هذه التعريفات تؤدي الغرض المطلوب، وإن كنت أميل إلى اختيار الأول منها، لقصره وضبط عبارته، فهو جامع مانع، أما التعريف الثاني فيؤخذ عليه حصره قبول الدليل حال كونه من المدعي فقط، والدليل يقبل من المدعي كما يقبل من غيره كما لو رفعه غير ذي صفة حسبة[١].

شرح مفردات التعريف:

- قوله: (إقامة الدليل) يراد به المعنى العام للإثبات، فهو يشمل كل دليل سواء أكان في مجلس القضاء، أم خارجه، وسواء أكان من أحد طرفي الخصومة أم غيرهما.
- قيد: (أمام القاضي) أخرج ما يقام من الأدلة خارج مجلس القضاء؛ لعدم اعتبارها في بناء الأحكام، وترتب الالتزام، فلا بد لاعتبار الدليل وبناء الأحكام عليه من قيامه في مجلس القضاء.
- قيد: (على صحة الادعاء) يعبر عن ثمرة الإثبات، وغايته، فإثبات صحة الحق المدعى وبلوغ الغاية من الادعاء يعتبر الهدف الرئيس من الدعوى والادعاء.

الفرع الثاني: الإثبات قانونا:

عرف القانون الإثبات بتعريفات منها:

- "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها"[٢].

وثمة تعريفات أخرى للقانونيين لا تزيد إفادة على هذا التعريف، ولا تخرج في مؤداها عنه، من ذلك: "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون وبالقيود التي رسمها على وجود واقعة قانونية متنازع عليها"[٣].

ومن ذلك: "إقامة الدليل أمام القضاء على واقعة أو عمل قانوني يسند إلى أي منهما طلب أو دفع أو دفاع"[٤].

---

(١) جاء في الحديث الذي يرويه مسلم، قال ﷺ: "ألا أخبركم بخير الشهداء؟ الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها" انظر: مسلم. مسلم بن الحجاج. **صحيح مسلم**. تحقيق: فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربية، كتاب الأقضية، باب بيان خير الشهود، ص ١٣٤٤.

(٢) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، (١٩٥٦). **الوسيط في شرح القانون المدني**. القاهرة: دار النشر للجامعات العربية، ج٢ ص١٣-١٤.

(٣) انظر: نشأت، أحمد. **رسالة الإثبات**. (طبعة سابعة). ج١ ص٢٣. الشرقاوي، عبد المنعم، (١٩٨٢). **الإثبات في المواد المدنية**. ص ٤.

(٤) الحجاز، حلمي محمد، (١٤١٦هـ-١٩٩٦م). **القانون القضائي الخاص**. (طبعة ثالثة). بيروت، ج١ ص١٠٥.

المطلب الثاني - أهمية الإثبات:

يشكل الإثبات جانبا مهما في استقرار الحياة عموما ومرفق القضاء خصوصا، فعليه يقوم القضاء العادل، وإليه يركن، وبه يظهر، كما أن به تصان الحقوق والنفوس والدماء، فيرفع الظلم عن المظلومين، ويمنع من الجور الجائرون، ومن التشهي المزاجيون، فإذا اعتمده القاضي اطمأنت إليه نفسه، وهدأت به جوارحه، وابتعد عن الجور والظلم في قضائه، وعلم أنه يأوي إلى ركن شديد، لأنه عماد العدالة، وعامودها، وركنها الذي لا غنى عنه، ولا يمكن لها أن تقوم بدونه، فكل حريص عليها، باحث عنها، مشتغل في إظهارها، فما من شك في أن معوله في ذلك الإثبات، وما تطمئن إليه النفس منه، فالعدالة مرحلة بعد الإثبات، والإثبات أول خطوات تحقيقها وبلوغها.

وإذا اعتمده القاضي كذلك هدأت ثائرة الخصوم، وارتاحت نفوسهم أو من ظلم منهم، ورضوا بما يسفر من قضاء عادل، وعلموا أن لا مكان للرشا والمحاباة، والميل والهوى، والتشهي والمحسوبية.

وإذا كان الإثبات على هذا القدر من الأهمية فإن الشريعة لم تغفله أو تهمله، بل رعته حق رعاية، فوضعت له الأحكام، ورتبته أيما ترتيب، وعنيت به عناية فائقة، وأولته الاهتمام والرعاية، فآيات الكتاب وأحاديث السنة التي تحدثت عن هذا الجانب مشتهرة هنا وهناك تزين مواقعها، مشيرة إلى مدى حرص هذا الدين على تحقيق العدالة وإظهارها.

كما حظي الإثبات بالأهمية البالغة لدى القوانين الوضعية، فبلغ شأوا رفيعا، ومنزلة علية بسبب القيمة الحقيقية النابعة من الإثبات ذاته[1].

---

(1) يراجع في نظرة القانون الوضعي للإثبات: السنهوري. **الوسيط**. ج٢ ص١٤. نشأت. **رسالة الإثبات**. ج١ص٢٩. القضاة. مفلح عواد، (١٤١٤هـ-١٩٩٤م). **البينات في المواد المدنية والتجارية**. (ط٢). عمان: جمعية المطابع التعاونية، ص ٢٢.

المبحث الثاني

طرق الإثبات، إطلاقا وتقييدا، وفيه مطلبان:

المطلب الأول – الإطلاق والتقييد في طرق الإثبات فقها.

المطلب الثاني - الإطلاق والتقييد في طرق الإثبات قانونا.

المطلب الأول

الإطلاق والتقييد في طرق الإثبات فقها

جاء في تعريف البينة أنها "اسم لكل ما يبين الحق ويظهره"[١]، وعليــه يمكــن القــول: إن طرق الإثبات كافة تدخل تحت هذا المسمى شهادة كانت أو غيرها ما دامت مما يظهــر الحــق ويبينه، ولكن الملاحظ من نصوص الفقهاء عند حديثهم عن طرق الإثبات أن جمهورهم يطلقــون لفظ (البينة) الوارد في نصوص الكتاب والسنة على الشهادة فحسب[٢] لا على طرق الإثبات كافة كما هو موضح في التعريف السابق[٣]، ولا يعني هذا أنهم لا يقولون بغيرها من طرق الإثبــات، بل المقصود أنهم إذا أطلقوا البينة أرادوا بها شهادة الشهود، فهم يقولون بطرق الإثبات الأخــرى ولكن بمسمياتها الخاصة بها، فيقولون مثلا: القضاء بالإقرار، والقضاء باليمين، والقضاء بالنكول وهكذا...

---

(١) انظر: ابن القيم، محمد بن أبي بكر، (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م). **إعلام الموقعين عــن رب العــالمين**. (ط٢). ترتيب وتخريج: محمد عبد السلام، ج١ ص٧٠. وابن فرحون، إبراهيم بن محمد، (١٤١٦هـ-١٩٩٦م). **تبصرة الحكام**. (ط١). تعليق: جمال مرعشلي، بيروت: دار الكتب العلمية، ج١ ص١٧٢.

(٢) بل إن بعضهم صرح بذلك، جاء في مغني المحتاج "البينات جمع بينة، وهم الشهود"، الشربيني، محمد الخطيب، (١٣٧٧هـ-١٩٥٨م). **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**. مصر: مطبعة البأبي الحلبي، ج٤ ص٤٦١. وذكر صاحب فتح الوهاب ما نصه: "البينة الشهود، سموا بها لأن بهم يتبــين الحق"، الأنصاري، أبو يحيى زكريا الأنصاري، (١٤١٨). **فتح الوهاب**. (ط١). بيروت: دار الكتــب العلمية، ج٢ ص٣٩٧، ومثل ذلك جاء في أحكام القرآن للجصاص. انظر: الجصاص، أبو بكر بن علي الرازي. **أحكام القرآن**. دار الفكر، ج٢ ص٢٣٢.

(٣) ويستدل لهم على ذلك بنصوص الشرع، فقالوا إن البينة جاءت في لسان الشرع مــرادا بهــا شــهادة الشهود، من ذلك ما روى البخاري عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال لهلال بن أمية عندما قــذف زوجته: "البينة أو حد في ظهرك"، انظر: البخاري، محمد بن إسماعيل، (١٤٠٧هـ- ١٩٨٧). **صحيح البخاري**. (ط٣). تحقيق: محمد ديب البُغا، بيروت: دار ابن كثير، كتاب تفسير القرآن، بــاب ســورة النور، ج٥ ص٣٣١، رقم (٤٤٧٠)، فقد ذكر النبي ﷺ البينة وأراد الشهود، والدليل أن الزنــا يثبــت بأربعة شهود لقوله تعالى: "ثم لم يأتوا بأربعة شهداء"(النور، آية٤). وما روى البخــاري كــذلك فــي صحيحه، باب سؤال الحاكم المدعي هل لك بينة قبل اليمين؟ ج٢ص٩٤٨، عن الأشعث بن قيس قال: كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر، فاختصمنا إلى النبي ﷺ فقال: "ألك بينة؟" وفي رواية "شاهداك أو يمينه"، ففسر البينة بالشهادة. أورد هذه الأدلة صاحب كتابه وسائل الإثبات دون أن يذكر المــصدر الذي اعتمده في ذلك، أو المصدر الذي يذكر رأي الجمهور، انظر: الزحيلي. **وسائل الإثبات**. ص٦٠٥ وما بعدها، وأظن ذلك كان بالاستقراء وتتبع نصوص الفقهاء في ذلك، والمتتبع نصوص الفقهاء يجد أن جمهورهم يطلقون لفظ (البينة) على الشهادة وعلى غيرها من طرق الإثبات، أي أنهــم يــستعملونها بمعناها اللغوي الواسع، فتشمل الشهادة، كما أنها تشمل غيرها من طرق الإثبات، يؤكد ذلك أن حديثهم عن الشهادة وأحكامها في كل موطن بحثت فيه جاء معنونا بذات اللفظ (أي الشهادة)، وكذلك الأمر حال تفصيل الحديث عن أحكامها تحت هذا العنوان، وإذا بحثوا في الدعوى والبينات، فإنهم يفصلون الحديث في كافة طرق الإثبات الأخرى غير الشاهدة، ولعل ما حدث عند البعض من خلط في هذا الموضوع كان سببه أن جمهور الفقهاء لم يقل بإطلاق طرق الإثبات وإنما حصرها في عدد محدد، ومن ثم فسروا لفظ (البينة) الوارد في بعض النصوص بالشهادة، كما مر معنا سابقا، وقد بين ابن القيم ذلك عند بحثه هذه المسألة فذكر أن هذا الخلط إنما حصل للمتأخرين فقط، بمعنى أن المتقدمين أطلقوا لفظ البينة على الشهادة من باب حصر طرق الإثبات ليس إلا. انظر: ابن القيم. **إعلام الموقعين**، ج١ ص٧٠.

هذا، وقد اختلف الفقهاء في تحديد طرق الحكم، فحصرها البعض في طائفة معينة، وأطلقها آخرون لتشمل كل ما يبين الحق ويظهره مما يمكن جعله مستندا لبناء الأحكام، فأجازوا إثبات الحق بأي دليل ممكن ما دام منضبطا ضمن قواعد الشرع، محققا مقصود القضاء وهو إظهار الحق، والحكم بالعدل. وقد قال بالأول - وهو حصر طرق الإثبات في طائفة محددة - أكثر الفقهاء: الحنفية[١]، والمالكية في المعتمد[٢]، والشافعية[٣]، والظاهرية[٤]، وأصحاب هذا القول مختلفون فيما بينهم في بعض هذه الطرق، فبعضهم توسع في ذلك كما هو الحال عند المالكية[٥]، وبعضهم ضيق حتى حصرها في بضعة طرق هي: علم القاضي، والإقرار، والبينة أي (الشهادة) كما هو عند الظاهرية، وآخرون توسطوا بين الفريقين وجل هؤلاء من الحنفية.

ومما استدل به هؤلاء:

أولا - ما نصت عليه آيات الكتاب وأحاديث السنة وبينته من طرق إثبات، ومن ذلك: الشهادة والإقرار واليمين ونحوه[٦]، فكأنهم يقولون بوجوب الاقتصار عليها في بناء الأحكام لما فيها من كفاية وسد حاجة، فلا يجوز استحداث أخرى غيرها مما أنتجته عقول البشر ولم يأت به نص من قبل الشارع الحكيم[٧].

ويجاب عن هذا الاستدلال بما يأتي:

---

(١) انظر: ابن الغرس، بدر الدين محمد. **الفواكه البدرية في الأقضية الحكمية**، مطبوع مع **المجاني الزهرية** للرشيدي، محمد صالح بن إبراهيم الجارم، مطبعة النيل، ص ٧٩ وما بعدها. وابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم.(١٤٠٠-١٩٩٢) **الأشباه والنظائر**. بيروت: دار الكتب العلمية، ج٥ ص٣٥٤.

(٢) انظر: ابن رشد، محمد بن أحمد القرطبي، (١٤٠٩-١٩٨٨). **بداية المجتهد ونهاية المقتصد. (ط٩)**. بيروت: دار المعرفة، ج٢ ص٤٦٢. القرافي، أحمد بن إدريس،(١٤١٨-١٩٩٨). **الفروق**. (ط١). بيروت: عالم الكتب، ج٤ ص٨٤. وله: (١٩٩٤م). **الذخيرة**. (ط١). تحقيق محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، ج١٠ ص٨٦. وابن فرحون. **تبصرة الحكام**، ج١ ص١٧٢.

(٣) انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ ص٤٦١.

(٤) انظر: ابن حزم، علي بن أحمد. **المحلى**. تحقيق: عبد الغفار البنداري، بيروت: دار الكتب العلمية، ج٨ ص٥٢٣.

(٥) جاء في الفروق: "...الحجاج التي يقضي بها الحاكم سبع عشرة حجة: الشاهدان واليمين، والأربعة في الزنا، والشاهد واليمين والمرأتان، واليمين والشاهد والنكول، والمرأتان والنكول، واليمين والنكول، وأربعة أيمان في اللعان، وخمسون يمينا في القسامة، والمرأتان فقط في العيوب المتعلقة بالنساء، واليمين وحدها بأن يتحالفا، ويقسم بينهما فيقضي لكل واحد منهما بيمينه والإقرار، وشهادة الصبيان، والقافة، وقمط الحيطان، وشواهدها، واليد فهذه هي الحجاج التي يقضي بها الحاكم، وما عداه لا يقضي به عندنا"، القرافي. **الفروق**، ج٤ ص٨٣-٨٤. وانظر: ابن الشاط، قاسم بن عبد الله. **حاشيته إدرار الشروق على أنوار الفروق**، مطبوع مع الفروق، ج٤ ص١٤١.

(٦) من هذه النصوص آيات الشهادة مثل قوله تعالى: "**وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُم**..."، (البقرة آية ٢٨٢)، ومن ذلك حكم النبي ﷺ على من أقرّ عنده بالزنا بناء على إقراره، انظر: مسلم، **الصحيح**، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، ص١٣١٨. ومن ذلك: قوله ﷺ: "شاهداك أو يمينه" (سبق تخريجه)، فهذه النصوص وغيرها بينت لنا طرق الحكم ووسائله.

(٧) فسر هؤلاء لفظ (البينة) الوارد في نصوص الشرع من كتاب وسنة بالشهادة، وقد وضحت ذلك سابقا.

الأول- عدم وجود نص يحدد طرق الإثبات ويحصرها في عدد معين[١].

الثاني- أن ثبوت الحق في الواقع ونفس الأمر غير متحقق في الغالب، حتى فيما اتفق عليه من أدلة، وإنما هو ترجيح لجانب الصدق على جانب الكذب فيها، ولو ترك الحكم بما تراءى لنا صدقه وجزمنا به مع قيام الاحتمال – الذي لا دليل عليه في الظاهر – لكان ذلك إقرارا للظلم وإطالة لأمده، وهو محرم كما الظلم.

ثانيا – قالوا: إن في إطلاق الإثبات وعدم تقييده بطائفة معينة تعريضا لحقوق الناس وأموالهم وأبدانهم للضياع والتفريط، فيجعلها عرضة للطامعين وضعاف النفوس من الحكام والمحكومين، لأن حاكما ظالما لا يعدم أن يقول ثبت عندي كذا بأمارة كذا، وعليه وجب حصر طرق الإثبات وعدم التوسع فيها[٢].

ويمكن أن يجاب عن هذا بأن تعريض حقوق الناس للضياع والابتذال قد يكون في الحصر لا في الإطلاق، ومع قيام الاحتمال يبطل الاستدلال.

أما القول الثاني القاضي بإطلاق طرق الإثبات وعدم حصرها في عدد محدد فقد قال به: ابن تيمية[٣] وتلميذه ابن القيم[٤]، وابن فرحون[٥]، والشوكاني[٦]، وآخرون[٧].

وجملة ما استدل به هؤلاء أن هدف القضاء وغايته العدل، والبعد عن الجور والظلم، فبأي طريق أمكن تحقيق ذلك فثم شرع الله ودينه، وقد يكون ما رفضوه أكثر بيانا، وأبلغ إظهارا للحق، وأسطع حجة من غيره مما قالوا به، فلا يجوز عندئذ رفضه أو ترجيح غيره عليه ما دام مساويا له في القوة أو زائدا عليه.

ومما استدلوا به كذلك قصة يوسف في قد القميص، وإقامة ذلك مقام الشهود، نقل ابن فرحون عن ابن الفرس قوله: "هذه الآية يحتج بها من العلماء من يرى الحكم بالأمارات

---

(١) وفي ذلك يقول ابن القيم: "وقد ذكر الله سبحانه نصاب الشهادة في القرآن في خمسة مواضع، فذكر نصاب شهادة الزنا أربعة في سورة النساء وسورة النور، وأما في غير الزنا فذكر شهادة الرجلين والرجل والمرأتين في الأموال...فهذا في التحمل والوثيقة التي يحفظ بها صاحب المال حقه لا في طرق الحكم وما يحكم به الحاكم، فإن هذا شيء وهذا شيء...". ابن القيم. **إعلام الموقعين**، ج١ ص٧٢.

(٢) انظر: إبراهيم بك. **طرق الإثبات الشرعية**، ص٤١.

(٣) انظر: ابن تيمية، أحمد عبد الحليم. **مجموع الفتاوى والرسائل**. تحقيق: عبد الرحمن محمد النجدي، مكتبة ابن تيمية، ج٣٥ ص٣٩٤ وما بعدها.

(٤) انظر: ابن القيم، **إعلام الموقعين**، ج١ ص٧١، وله: **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**. تعليق: بهيج غزاوي، بيروت: دار إحياء العلوم، ص٩ وما بعدها.

(٥) انظر: ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ ص١٧٢.

(٦) انظر: الشوكاني، محمد علي. **نيل الأوطار**. دار الحديث، ج٨ص٣٣٢.

(٧) نسب ابن فرحون هذا القول للإمام أحمد، انظر: ابن فرحون. **التبصرة**، ج١ ص١٧٢.

والعلامات فيما لا تحضره البينات"[١]، والواقع أن هذه الآية نص في الباب على جواز الحكم بكل ما يثبت الحق أو يظهره دون قصره على طرق بعينها.

واستدلوا كذلك بفعل الصحابة حيث حكموا بالقرائن التي ظهرت لهم، فحكم عمر وابن مسعود بوجوب الحد برائحة الخمر من فيِّ الرجل أو قينه خمرا، اعتمادا على القرينة الظاهرة، ولم يعلم لهم مخالف[٢].

وقد أفاض ابن القيم الحديث في هذه المسألة في كتابيه: إعلام الموقعين، والطرق الحكمية، ومما قاله في كتابه الطرق الحكمية: "...فإن الله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط وهو العدل الذي قامت به الأرض والسماوات، فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طرق كان فثم شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة، فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها وقياما بموجبها، بل بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست مخالفة له..." [٣].

ويبدو أن هذا القول راجح على سابقه لقوة دليله وضعف أدلة مخالفيه، يقول الزحيلي في كتابه وسائل الإثبات: "يظهر مما سبق أن الجمهور لا حجة لهم من القرآن الكريم، ولا دليل من السنة الصحيحة على حصر طرق الإثبات..."[٤].

والواقع أن القرآن والسنة يؤيدان هذا القول، فالشريعة تسعى إلى حفظ الحقوق وصونها وهذا مقصود القضاء وهدفه، فبأي طريق تحقق ذلك فثم شرع الله، وليس من الإنصاف قصر الإثبات على طرق دون أخرى بغير دليل يشهد لذلك، خاصة إذا كان ما تركناه منها أكثر إثباتا، وأسطع بيانا، وأقوى حجة مما أخذنا به، أو مثله على أقل تقدير، وقد علمنا أن ما جاءت به النصوص هو ذكر لبعض طرق الإثبات ولا يعني هذا بحال حصر الإثبات في ذلك العدد.

فحاجتنا إلى تعدد طرق الحكم تحملنا على أن نجعل ما ثبت منها أساسا نسير عليه في قبول غيرها من البينات والعمل به، أو رفضه، فما عادلها أو كان فوقها قوة وإظهارا للحق قبلناه وما كان دونها رددناه، فروح الشريعة تأبى أن نرفض حقا ثبت بما سطعت به الأدلة وأبانته حق بيانه ونقبل ما دونه بيانا وقوة.

---

(١) ابن فرحون. **التبصرة**، ج١ ص١٧٢.

(٢) انظر: ابن القيم. **إعلام الموقعين**، ج١ ص٧١.

(٣) ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٩.

(٤) الزحيلي، **وسائل الإثبات**، ص٦١١.

كما أن القضاء يقوم على تغليب جانب الصدق على جانب الكذب بناء على ما توفر لـدى القاضي من أمارات، سواء في ذلك ما كان منها موطن اتفاق بين الفقهاء مـن شـهادة وإقـرار ويمين، أو غيره، فهو قضاء بغالب الظن، وبما تراءى للحاكم أنه الحق والعدل، وليس هو قطعـا بالصدق والعدل، ولو انتظرنا ظهور أمارات قاطعة وأدلة دامغة في كل مرة احتجنا فيها حكمـا لتعطل القضاء، وطالت المنازعات، ولما استقر حكم أبدا.

ومن هنا، فإن تحقيق مبدأ العدل الذي هو أساس القضاء يقتضينا الحكم بكل بينـة شـكلت قناعة قضائية بصدقها، فكل بينة بلغت قوة وإثباتا ما اتفق عليه من طرق إثبات وجـب قبولهـا والحكم بها، وما كان منها فوق ذلك كان أولى قبولا، يقول ابن القيم: "...فإن الله سبحانه وتعـالى أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط وهو العدل الذي قامت به الأرض والسماوات، فـإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينـه، والله سـبحانه أعلـم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقـوى دلالة وأبين أمارة، فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست مخالفة له..."[١].

أما ما أوردناه من أن البعض قصر لفظ "البينة" الوارد في سنة النبـي ﷺ علـى شـهادة الشهود فقد أجاب عنه ابن القيم بقوله: "البينة في كلام الله ورسوله وكلام الصحابة اسم لكـل مـا يبين الحق، فهي أعم من البينة في الاصطلاح ما لم يتضمن حمل كلام الله ورسوله عليـه فيقـع بذلك الغلط في فهم النصوص وحملها على غير مراد المتكلم منها.

وقد حصل بذلك للمتأخرين أغلاط شديدة في فهم النصوص، ونذكر من ذلك مثالا واحـدا، وهو ما نحن فيه – لفظ البينة – فإنها في كتاب الله اسم لكل ما يبين الحق كما قال تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ﴾[٢]، وقال: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِن قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالاً نُوحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ بِالْبَيِّنَاتِ﴾[٣]، وقال: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِن بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمُ الْبَيِّنَةُ﴾[٤]، وقال: ﴿قُلْ إِنِّي عَلَى بَيِّنَةٍ مِن رَبِّي﴾[٥]، وقال: ﴿أَفَمَن كَانَ عَلَى بَيِّنَةٍ مِن رَبِّهِ﴾[٦]،

---

(١) ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٢١.
(٢) سورة الحديد آية ٢٥.
(٣) سورة النحل آية ٤٣-٤٤.
(٤) سورة البينة آية ٤.
(٥) سورة الأنعام آية ٥٧.
(٦) سورة هود آية ١٧.

وقال: ﴿أَمْ آتَيْنَاهُمْ كِتَاباً فَهُمْ عَلَى بَيِّنَتٍ مِنهُ﴾[1]، وقال: ﴿أَوَلَمْ تَأْتِهِمْ بَيِّنَةُ مَا فِي الصُّحُفِ الأُولَى﴾[2] وهذا كثير، لم يختص لفظ البينة بالشاهدين، بل ولا استعمل في الكتاب فيهما البتة، إذا عرف هذا فقول النبي ﷺ للمدعي "ألك بينة"[3] وقول عمر ﷺ: "البينة على المدعي"[4] -وإن كان هذا قد روي مرفوعا- المراد به: ألك ما يبين الحق من شهود أو دلالة، فإن الشارع في جميع المواضيع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التي هي أدلة عليه وشواهد له، ولا يرد حقا قد ظهر بدليله أبدا فيضيع حقوق الله وعباده ويعطلها ولا يقف ظهور الحق على أمر معين لا فائدة من تخصيصه به مع مساواة غيرها في ظهور الحق أو رجحانه عليه ترجيحا لا يمكن جحده ودفعه، كترجيح شاهد الحال على مجرد اليد..."[5].

وقد أخذ الزحيلي في كتابه وسائل الإثبات على ابن القيم إطلاقه في قبول طرق الإثبات بعد أن وافقه في عدم حصرها في عدد محدد فقال: "...لا نسلم لابن القيم إطلاقه في أي دليل يقدم، أو الاقتناع بأية أمارة تظهر، أو التحرر من القيود والشروط والصفات التي وردت بها النصوص كالعدد في الشهادة والعدالة في الشهود...الخ"[6].

وليس الأمر كما يرى الزحيلي، وللإجابة على ما قاله يفرق بين أمرين:

الأول- قوله إن ابن القيم قبل أي دليل يقدم، أو أية أمارة تظهر فغير مسلم؛ لأن المتتبع لما أورده ابن القيم من نصوص تتعلق بهذا الأمر في مؤلفاته، خاصة كتاب: الطرق الحكمية - يجد أنه يحتاط في قبول كل أمارة تشكل قناعة قضائية بصدق ما شهدت به، حتى أن الحاكم يتيقن بطلان ما حكم به حال تركه للعمل بتلك الأمارات، من ذلك قوله في معرض جوابه عن مسألة الحكم بالأمارات: "...فهذه مسألة كبيرة عظيمة النفع جليلة القدر إن أهملها الحاكم أو الوالي أضاع حقا كبيرا وأقام باطلا كبيرا، وإن توسع وجعل معوله عليها دون الأوضاع الشرعية وقع في أنواع من الظلم والفساد"، وقال"...والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهده، وفي القرائن الحالية والمقالية كجزئيات وكليات الأحكام أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها وحكم بما يعلم الناس بطلانه ولا يشكون فيه اعتمادا منه على نوع ظاهر لم يلتفت

---

(١) سورة فاطر آية ٤٠.
(٢) سورة طه آية ١٣٣.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) رواه الترمذي مرفوعا عن النبي ﷺ من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وقال: "في إسناده مقال"، الترمذي، (١٤٢٠-١٩٩٩). **جامع الترمذي**. (ط١). دمشق: دار الفيحاء، والرياض: ودار السلام، أبواب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ص٣٢٤، رقم (١٣٤١).
(٥) ابن القيم. **إعلام الموقعين**، ١ ص٧١.
(٦) الزحيلي. **وسائل الإثبات**، ص٦١٣.

إلى باطنه وسائر أحواله..." وقال في موطن آخر: "...ولا يقف ظهور الحق على أمر معـين لا فائدة في تخصيصه به مع مساواة غيره في ظهور الحق أو رجحانه عليه ترجيحا لا يمكن جحده ودفعه"[١].

الثاني- وهو قوله إن ابن القيم لم يلتزم بالقيود والشروط التي جاءت بها النـصوص فـي موضوع الإثبات وقبوله من قبل القاضي فهذا أمر يتسع فيه الحديث وليس هذا موطن بحثه.

وقد بحثته في دراسة سابقة لي حول موضوع الشهادة تبنيت فيها –غالبا- رأي ابن القـيم ورجحته، والله تعالى أعلم بالصواب.

المطلب الثاني:

الإطلاق والتقييد في طرق الإثبات قانونا:

أولت الشرائع الوضعية الإثبات أهمية بالغة، فعنيت بترتيبه وتنظيمه: ببيان الطـرق التـي تمكن القضاء من تحقيق غايته، وبلوغ هدفه، وهي الكشف عن الحقيقة، ومحاولة إرساء قواعـد العدالة ونحوه، وقد كان نتيجة ذلك أن وجدت ثلاثة مذاهب لفقهاء القانون تتنازع التنظيم القانوني للإثبات وهي:

نظام الإثبات الحر (المطلق):

لا يقوم هذا المبدأ على تعيين طرق محددة للإثبات يلتزم بها القاضي حال إصدار حكمـه، وإنما يعتمد على مدى اقتناع القاضي بالأدلة التي قدمت من قبل أحد الطرفين، فإن شكلت لديـه قناعة بصدق ما شهدت به كان له اعتمادها وبناء الأحكام عليها.

ومن هنا فإن للخصوم كامل الحرية في اختيار الأدلة التي يرون أنها تؤدي إلـى اقتنـاع القاضي، وهذا يعني منح القاضي سلطة مطلقة في تقدير الأدلة ومدى صلاحها لبنـاء الأحكـام وعدمه، سواء أكانت هذه الأدلة محل وفاق أم خلاف لدى الشرائع الوضعية.

والواقع أن هذا ثلم في هذه النظرية، فثمة طرق إثبات لا يجوز أن تخـضع لـسلطة أحـد وتقديره متى استجمعت كامل شروطها وأركانها اللازمة لبناء الأحكام عليها، وهذا ما يجـب أن يكون محل وفاق واتفاق في جميع الشرائع، وما لمسناه من دراستنا لنظام الإثبات الحر أنه يدخل طرق الإثبات كافة ضمن نظر القاضي وتقديره، وليس شيء منها فوق نظره.

---

(١) ابن القيم. **الطرق الحكمية**، ص٩ وما بعدها.

وقد أخذ واضعو القانون على هذا النظام أنه لا يحقق الثقة والاستقرار في التعامل، لاختلاف التقدير من قاض إلى آخر، إضافة إلى أنه قد يغلب ميل القاضي على نزاهته فيحكم بهواه دون أن يكون ثمة رقيب من قانون ونحوه[١].

وقد نسب شراح القانون هذا القول لابن القيم[٢]، يقول العبودي: "...وأخذ به بعض فقهاء الشريعة الإسلامية ومنهم الإمام ابن قيم الجوزية الذي انتقد تحديد الفقهاء للأدلة في الإثبات تحديدا جامدا..."[٣].

والواقع أن هذا المنهج (منهج الإثبات الحر) يتفق مع ما ذهب إليه ابن القيم في جانب الإثبات بكل طريق ممكن، وعدم حصره في طرق محددة، ويخالفه في جانب إخضاعها كاملة لسلطة القاضي وتقديره، فابن القيم يرى أن ما كان منها محل اتفاق بين الفقهاء لا يخضع لسلطة القاضي وتقديره متى جاءت مستكملة شروطها وأركانها، أما ما كان منها موضع خلاف: فإن كان مساويا قوة وإثباتا ما اتفق عليه أو زائدا عنه فلا يجوز رده وترك العمل به؛ لأنه قول بالتشهي والهوى، ومن هنا يكون ما أخذه العلماء على هذا التوجه في الإثبات لا ينطبق على ما ذهب إليه ابن القيم؛ لأنه لم يترك الأمر إلى نظر القاضي وتقديره في جميع الأحوال كما فعلوا.

ولعل ما ذهب إليه ابن القيم أقرب إلى العدالة مما قالوه؛ لأن ترك الأمر كاملا لنظر القاضي وتقديره دون قانون متبع، ومعيار ثابت توزن به الأمور ويسار بموجبه يؤدي إلى اتهام الحكام بالهوى والتشهي في الأحكام، في حين أن ما اختاره ابن القيم يجنبهم ذلك، وإن لم يكن بصورة كاملة؛ لأن الاعتماد على نظر القاضي وتقديره في بعض الجوانب مما لا يمكن التحرز منه، وهو ما يحقق (ما يسميه القانونيون) الحقيقة الواقعية.

نظام الإثبات القانوني المقيد:

وهذا على عكس سابقه إذ يرسم طرقا محددة تحديدا دقيقا للإثبات، ويبين قيمة كل طريق منها، ويقيد بذلك الخصوم فليس لهم أن يثبتوا بغير هذه الطرق، كما يقيد القاضي إذ ليس له الحكم بسواها كذلك.

---

(١) انظر: السنهوري. **الوسيط**، ج٢ ص٢٨. مرقس. **موجز أصول الإثبات**، ص٢. والقضاة، البينات في المواد المدنية والتجارية**في المواد المدنية والتجارية**، ص٢٣. والعبودي، **شرح أحكام قانون البينات**، ص٢٧.

(٢) انظر: السنهوري، **الوسيط**، ج٢ ص٢٨، والقضاة، البينات في المواد المدنية والتجارية**في المواد المدنية والتجارية**، ص٢٣.

(٣) العبودي، **شرح أحكام قانون البينات**، ص٢٧.

وقد أخذ القانونيون على هذا النظام مجافاته بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القانونية[١]، جاء في الوسيط للسنهوري: "وهذا المذهب على ما فيه من دقة حسابية تكفل ثبات التعامل، يباعد بين الحقائق الواقعية والحقائق القضائية، فقد تكون الحقيقة الواقعة ملء السمع والبصر، ولكنها لا تصبح حقيقة قضائية إلا إذا أمكن إثباتها بالطرق التي حددها القانون"[٢].

وعرف هذا النظام في الإثبات في الفقه الإسلامي في مسائل الحدود خاصة، فلا يقام الحد إلا إذا ثبت بطرق محددة مقيدة مبينة، وليس معنى هذا إفلات الجاني من أي عقوبة إذا ما ثبت عليه شيء من ذلك بغير الطرق الموجبة لإقامة الحد، بل يثبت في حقه عقوبة تعزيرية يقدرها القاضي بحسب جرمه[٣]، وإنما هو محاولة للحد من إيقاع عقوبة الحد، وهو ما عبر عنه الشارع الحكيم بدرء الحد وإسقاطه، يقول ﷺ: "ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم..."[٤].

نظام الإثبات المختلط:

هذا النظام جاء محاولة للحد من عيوب النظامين السابقين وتفاديها ما أمكن، فهو يمنح القاضي سلطة تقديرية في توجيه الخصوم، واستكمال الأدلة الناقصة دون أن يتعارض ذلك مع تقييد القاضي بأدلة محددة من حيث قوة كل منها، فدور القاضي فيه إيجابي؛ إذ يمنحه حق تقرير الإجراءات اللازمة للوصول إلى الحقيقة، ولا يكون ذلك دون رقيب أو متابع من أحد بل ينظر فيما استدل به وكان سببا في حكمه من قبل محاكم أخرى مثل محكمة النقض.

ويمكن القول أن هذا المذهب يقرب من مذهب الإثبات الحر في مسائل الجنايات، فسلطة القاضي فيها مطلقة، يلتمس من الأدلة وقرائن الأحوال وظروف الجريمة ما يشكل قناعة لديه تدفعه نحو إصدار حكمه، وفي المقابل فإن سلطة القاضي في تقدير الأدلة تتقيد إلى حد كبير في المسائل المدنية، وبين هذا وذاك يكون الإثبات في مسائل التجارة[٥]. وقد أخذ بهذا المذهب في الإثبات

---

(١) انظر: السنهوري، **الوسيط**، ص٢٩. ومرقس، **موجز أصول الإثبات**، ص٣. والقضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص٢٤. والعبودي، **شرح أحكام قانون البينات**، ص٢٨.

(٢) السنهوري، **الوسيط**، ج٢ ص٢٩.

(٣) انظر: الطرابلسي، علاء الدين علي بن خليل. **معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام**. دار الفكر، ص٤٠. ميارة، محمد بن أحمد الفاسي. **شرح ميارة**. دار المعرفة، ج٢ص٢٦٧.

(٤) أخرجه الحاكم، محمد بن عبد الله النيسابوري، (١٤١١-١٩٩٠). **المستدرك**. (ط١). تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، بيروت: دار الكتب العلمية، وقال فيه: "حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه". ج٤ ص٤٢٦، رقم (٨١٦٣). والبيهقي، أحمد بن الحسين بن علي،(١٤١٤-١٩٩٤). **السنن الكبرى**. تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكة: دار الباز، باب ما جاء في درء الحد، أورده بعدة روايات وقال: "فيه ضعف، إلا رواية عن الزهري، قال: هي أصوبها"، ج٨ ص٢٣٨. المباركفوري، محمد أبو العلا. **تحفة الأحوذي**. بيروت: دار الكتب العلمية، ج٤ ص٥٧٣.

(٥) عرف الفقه الإسلامي مثل هذا التقسيم قبل أن يعرفه القانون مع بعض الاختلافات سواء في ذات التقسيم أو في كيفية إثباته، فهناك مسائل الجنايات (الحدود والقصاص) التي يثبت بعضها – وهي

معظم التشريعات اللاتينية كالقانون الفرنسي، والقانون الإيطالي والقانون البلجيكي، وكذلك أخـذ به قانون البينات الأردني وقانون الإثبات المصري والعراقي[١].

وهذا المذهب أكثر اتفاقا مع ما تبناه ابن القيم في مسألة الإثبات مما نسب إليه سابقا، وإن كان ثمة خلاف فهو في قضايا جزئية وليست تفصيلية، من ذلك الخلاف حول مدى صلاحية الشهادة للإثبات في بعض الأمور، وهو ما سيجيء الحديث عنه في حينه من هذه الدراسة إن شاء الله.

الحدود - بطرق محددة ومقيدة، ويكون دور القاضي حيالها البحث عما يسقط تلك الطرق ويدفع إقامة الحد، ولعل القانون عندما منح القاضي سلطة أوسع في هذه المسائل إنما قصد ذلك وهو البحث عمـا يسقط العقوبة، أو يؤكد قيامها من المتهم بما لا يدع مجالا للشك، فأعطى القاضي سلطة النظـر فـي البينات التي قدمت له، وكل ذلك إنما كان من أجل التثبت قبل إقامة العقوبة، فإن كان المقصود هو ذاك فبها ونعمت، وأما إن كان المقصود هو ترك الأمر للقاضي يقدر الأدلة كيفما شاء فهنا لابد سـيدخل الهوى والتشهي وهو ما أخذ على نظام الإثبات الحر. وهناك المسائل المتعلقة بـالأموال (الأحـوال المدنية) والتي تثبت بكل طريق اقتنع به القاضي، وثمة مسائل خاصة ينحصر الاطلاع عليها في بعض الناس دون بعض، كالتي يطلع عليها النساء، والملاحظ في هذا كله أن الفقه قيد سلطة القاضـي فـي الموطن الذي أطلق القانون سلطته فيه، فالحدود وهي من مسائل الجنايات لا تثبت إلا بطرق محـددة ومقيدة، في حين تتسع سلطة القاضي فيما سوى الحدود من مسائل الجنايات وفي مسائل المال، ومثلها ما يطلع عليه قلة من الناس أو صنف منهم.

(١) انظر: السنهوري، **الوسيط**، ج٢ ص٢٩-٣٠، ومرقس، **موجز أصول الإثبات**، ص٤. والقضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص٢٥. والعبودي، **شرح أحكام قانون البينات**، ص٢٩-٣٠.

المبحث الثالث

على من يقع عبء الإثبات[١]

بين النبي ﷺ أن من يدعي على غيره حقا فعليه البينة، فإن دفع المدعى عليه دعوى المدعي توجه إليه عبء الإثبات حيث جاء عنه ﷺ "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن البينة على المدعي"[٢]، وجاء عنه: "البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه"[٣]، يقول الشوكاني: "قوله: (على المدعي البينة وعلى المنكر اليمين) أقول: كون على المدعي البينة وعلى المنكر اليمين، هو أمر معلوم ثابت في الصحيحين، وغيرهما من حديث أشعث بن قيس قال: (كان بيني وبين رجل خصومة في بئر، فاختصما إلى رسول الله ﷺ فقال: "شاهداك أو يمينه"[٤]، ومن ذلك ما ثبت في صحيح مسلم وغيره في قصة الحضرمي، أن النبي ﷺ قال: "ألك بينة؟ قال: لا، قال: "فلك يمينه"[٥]، ومن ذلك أن ما ثبت في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عباس (أن النبي ﷺ قضى باليمين على المدعى عليه)[٦]، ..."[٧].

ويقول صاحب معين الحكام: "ولم يختلفوا في حكم ما لكل واحد منهما، وأن على المدعي البينة إذا أنكر المطلوب، وأن على المدعى عليه اليمين إذا لم تقم البينة"[٨].

وكذلك حديث عائشة "اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة – بفتح الزاي، وسكون الميم وفتحها- في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص، عهد إلي أنه ابنه، انظر إلى شبهه، وقال عبد ابن زمعة: هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي من

---

(١) عرف مصطلح عبء الإثبات في التشريعات المعاصرة، فهو حديث النشأة، ويقصد به الملتزم بالإثبات، أو المكلف به. وجاء في شرح أحكام قانون الإثبات المدني للعبودي ص٦٣: "نقصد بعبء الإثبات تحديد الخصم الذي يجب عليه أن يقوم بإثبات الواقعة المتنازع عليها. انظر: نشأت، **رسالة الإثبات**، ج١ص٤٦. العبودي، **شرح قانون الإثبات المدني**، ص٦٣.

(٢) رواه مسلم في **صحيحه**، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعي عليه، ص١٣٣٦، وجاء بلفظ "ولكن اليمين على المدعى عليه". ورواه باللفظ المتقدم: ابن حيان، محمد بن حبان، (١٤١٤-١٩٩٣). **الصحيح**. (ط٢). تحقيق: شعيب الأرنؤوط، بيروت: مؤسسة الرسالة، كتاب الدعوى، ج١١ ص٤٧٧، رقم (٥٠٨٣). وابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني. **السنن**. تحقيق: فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار الفكر، باب البينة على المدعي، ج٢ ص٧٧٨، رقم (٢٣٢١). والبيهقي، **السنن الكبرى**، كتاب الدعوى والبينات، ج١٠ ص٢٥٢.

(٣) رواه الترمذي في **السنن**، باب ما جاء في أن البينة على المدعي و...، قال: "هذا حديث في إسناده مقال، ومحمد بن عبيد الله العرزمي –أحد رواة الحديث- يضعف في الحديث من قبل حفظه، ضعفه ابن المبارك وغيره"، ص٣٢٤، رقم (١٣٤١).

(٤) البخاري، **الصحيح**، باب سؤال الحاكم المدعي هل لك بينة قبل اليمين، ج٢ ص٩٤٨، رقم (٢٥٢٣).

(٥) رواه بهذا اللفظ الترمذي في **السنن**، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، قال: "حديث حسن صحيح". ص٣٢٤، رقم (١٣٤٠). أما ما جاء في صحيح مسلم فهو أن النبي ﷺ قضى باليمين على المدعى عليه، ص ١٣٣٦، رقم (١٧١١).

(٦) مسلم، **الصحيح**، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، ص١٣٣٦.

(٧) الشوكاني، محمد بن علي. **السيل الجرار**. (ط١). تحقيق: محمود إبراهيم زايد، بيروت: دار الكتب العلمية، ج٤ ص١٣٩.

(٨) الطرابلسي، **معين الحكام**، ص٥٣.

وليدته، فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه، فرأى شبها بينا بعتبة، فقال: "هو لك يا عبد، الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة"(١).

يمكن أن يستدل بهذا الحديث على أن الدفع دعوى يوجب على مدعيه عبء الإثبات، فقد دفع عبد بن زمعة دعوى سعد بأنه أخوه – أي أخو عبد بن زمعة - وأقام بينة على ذلك وهي أنه ابن وليدة أبيه ولد على فراشه منها، فكان دفعه هذا دعوى جديدة احتاجت إثباتا، ولو لم يعدها رسول الله ﷺ كذلك لعده منكرا وحكم ببينة خصمه التي رأينا اقتناعه ﷺ بها. ولو فرضنا عدم اقتناعه ﷺ ببينة سعد، أو أنها لم تكن كافية للحكم بموجبها عندها يطالب المنكر باليمين، الأمر الذي لم يكن، وإنما الذي كان هو حكمه ﷺ بلا يمين فعلمنا بيقين أنها دعوى جديدة أوجبت على مدعيها عبء الإثبات، يقول النووي تعليقا على هذا الحديث: "...ثم قال ﷺ (الولد للفراش) دليل على أن الشبه وحكم القافة إنما يعتمد إذا لم يكن هناك أقوى منه كالفراش"(٢).

وإذا كان من يقع عليه عبء الإثبات هو المدعي: سواء أكان مدعيا في دعوى أصلية أم دافعا لدعوى المدعي، فالسؤال هو: من المدعي ومن المدعى عليه في الدعوى؟

قد لا يكون سهلا تمييز المدعي من المدعى عليه في الدعوى، وهو أمر من الأهمية بمكان؛ لما يترتب عليه من تبعات جسام، فيحتاج إلى دراية وتبصر، يقول صاحب كتاب معين الحكام: "اعلم أن علم القضاء يدور على معرفة المدعي من المدعى عليه لأنه أصل مشكل..."(٣). وجاء عن شريح قوله: "وليت القضاء وعندي أني لا أعجز عن معرفة ما يتخاصم إلى فيه، فأول ما ارتفع إليّ خصمان أشكل عليّ أمرهما من المدعي ومن المدعى عليه"(٤).

وقد بحث هذه المسألة الفقهاء في القديم، وبحثها على ضوء الأقدمين المعاصرون؛ نظرا لأهميتها والحاجة إليها، وقد اختلفوا فيها على قولين:

الأول - ينص على أن المدعي هو من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها، والمدعى عليه من إذا تركها أجبر عليها، قال بهذا فقهاء الحنفية(٥)، وهو الراجح عند الحنابلة(٦)، جاء في الإنصاف ما نصه: "قوله: (المدعي: من إذا سكت ترك، والمنكر: من إذا سكت لم يترك) هذا

---

(١) مسلم، **الصحيح**، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش، وتوقي الشبهات، ج٢ ص١٠٨٠، رقم (١٤٥٧). وابن ماجة، **السنن**، ج١ ص٦٤٦، رقم (٢٠٠٤).

(٢) النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، (١٣٩٢). **شرح صحيح مسلم**. (ط٢). بيروت: دار إحياء التراث العربي، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، ج١٠ ص٣٧.

(٣) الطرابلسي، **معين الحكام**، ص٥٣.

(٤) انظر: الطرابلسي، **معين الأحكام**، ص٥٤.

(٥) انظر: ابن الغرس، **الفواكه البدرية**، مطبوع مع المجاني الزهرية، ص٦٣. السرخسي، **شمس الدين**، (١٤١٤-١٩٩٣). المبسوط. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، ج١٧ ص٣٠. الكاساني، علاء الدين، (١٤١٧-١٩٩٦). **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**. (ط١). بيروت: دار الفكر، ج٦ ص٢٢٤. الطرابلسي، **معين الأحكام**، ص٥٣.

(٦) انظر: البهوتي، منصور بن يونس. **شرح منتهى الإيرادات**. بيروت: عالم الكتب، ج٣ ص٥٥٦. المرداوي، علي بن سليمان بن أحمد. **الإنصاف**. دار إحياء التراث العربي، ج١١ ص٣٧٠. ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، (١٤٠٤-١٩٨٤). **المغني**. (ط١). بيروت: دار الفكر، ج١٢ ص١٦٣.

المذهب عليه جماهير الأصحاب"[١]. وثمة تعريفات أخرى للمدعي والمدعى عليه عند هؤلاء خاصة الحنابلة ولكن السابق هو أشهرها عندهم[٢].

القول الثاني - يعرف المدعي بأنه من يدعي خلاف الظاهر، والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر، قال به المالكية[٣] والشافعية[٤] والزيدية[٥]، جاء في أسنى المطالب: "في حد المدعي والمدعى عليه: وهو أن المدعي من يخالف قوله الظاهر، والمدعى عليه من يوافقه"[٦].

وقد رجح الدكتور محمد نعيم[٧] رأي الحنفية؛ لسهولة تطبيقه ويسر التعامل معه، كما أنه مشتق من إحدى خصائص الدعوى التي لا ينازع فيها أحد من الفقهاء وهي أنها تصرف مباح مرتبط بإرادة صاحبه يقوم به متى شاء، والواقع أن ما اعتمده من معطيات ومرجحات لا تثلم رأي الجمهور أو تخدشه، بل يبقى محتفظا بوجاهته وقوته، فالذي أراه أن يصار إلى رأي الحنفية والحنابلة إذا أشكل على القاضي تطبيق رأي الجمهور على النازلة التي بين يديه، فسهولة رأي الحنفية وصعوبة مخالفه – في بعض الأحيان – لا يوجب علينا رفض الثاني كلية، خاصة إذا علمنا دقته، بل أرى الصواب أن يعمل به – رأي الحنفية - متى أعيا القاضي تطبيق رأي مخالفيهم، الذي نرى فيه الدقة، وإن كانت النتيجة نفسها في أغلب الحالات.

وقد حذا القانون المدني الأردني حذو الفقه الإسلامي فبين في المادة (٧٧) منه على أن "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر". وجاء في المادة (٧٣٩ منه: "الأصل براءة الذمة وعلى الدائن أن يثبت حقه وللمدين نفيه"، ونصت المادة (٧٥) على أن:

١. الأصل بقاء ما كان على ما كان، كما أن الأصل في الأمور العارضة العدم.

---

(١) المرداوي. **الإنصاف**، ج١١ ص٣٧٠.

(٢) انظر المراجع السابقة في الهامشين الأخيرين.

(٣) انظر: عليش، الشيخ محمد، (١٤٠٩-١٩٨٩). **منح الجليل**. بيروت: دار الفكر، ج٨ ص٣٠٨. الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد. **الشرح الصغير**. مطبوع مع بلغة السالك، ج٢ص٣٣٧. الصاوي، أحمد بن محمد، (١٣٧٢-١٩٥٢). **بلغة السالك**. (طبعة أخيرة). ج٢ ص٣٣٧. والدسوقي، محمد بن عرفة. **حاشية على الشرح الكبير**. دار إحياء الكتب العربية، ج٤ ص١٤٣. وابن فرحون، التبصرة، ج١ ص١٠٥. والكافي، محمد بن يوسف، (١٤١٥-١٩٩٤). **إحكام الأحكام على تحفة الحكام**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، ص١٥.

(٤) الشافعي، محمد بن إدريس. **الأم**. بيروت: دار المعرفة، ج٦ ص٢٤٥-٢٤٦. الشربيني. **مغني المحتاج**، ج٤ ص٤٦٤. والأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا. **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**. دار الكتاب الإسلامي، ج٤ ص٣٨٩. وقليوبي، أحمد سلامة وعميرة، أحمد البرلسي. **حاشيتان على المحلي على منهاج الطالبين**. بيروت: دار إحياء الكتب العربية، ج٤ ص٣٣٨. والرملي، محمد بن شهاب الدين الشهير بالشافعي الصغير. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**. دار الفكر، ج٨ ص٣٣٣. والهيتمي، أحمد بن محمد بن علي. **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**. دار إحياء التراث العربي، ج١٠ ص٢٨٧. والعز بن عبد السلام، عبد العزيز بن عبد السلام،(١٤٢١-٢٠٠٠). **القواعد الكبرى الموسوم بـ (قواعد الأحكام في إصلاح الأنام)**. (ط١). تحقيق: نزيه كمال حماد، وعثمان جمعة ضميرية، دمشق: دار القلم، ج٢ ص٦٦.

(٥) انظر: الشوكاني. **السيل الجرار**، ج٤ ص١٤٠-١٤١.

(٦) الأنصاري. **أسنى المطالب**، ج٤ ص٣٨٩.

(٧) بحث الدكتور محمد نعيم ياسين هذه المسألة في كتابه: نظرية الدعوى، وكان بحثه لها – كما هو الحال مع سواها - مستوفيا شاملا ما يغني عن إعادة بحثها مجددا، ولكن طبيعة الدراسة لا تسمح بإغفالها، لذلك ارتأيت أن أعرض لها ولو بشيء من الإيجاز وفاء بحق البحث. انظر: ياسين، محمد نعيم، (١٤٢٠-٢٠٠٠). نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات المدنية والتجارية. (ط٢). عمان: دار النفائس، ص١٧٥ وما بعدها.

٢. وما يثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد الدليل على خلافه".يقول الدكتور القضاة بعد أن أورد هذه المواد: "وهذه القواعد مقررة في الفقه الإسلامي وقد استقاها القانون الأردني من أحكام مجلة الأحكام العدلية"[١].

وواضح من هذه المواد أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي، والمدعي قانونا: ليس هو بالضرورة رافع الدعوى وإنما هو من يدعي خلاف الأصل، يقول الدكتور مفلح القضاة: "القاعدة في توزيع عبء الإثبات هي أن الإثبات على المدعي في هذا الخصوص ليس هو حتما من رفع الدعوى وإنما هو من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا"[٢].

فالمدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر، وهم يقسمون الظاهر إلى ثلاثة أنواع:

أولا - الظاهر أصلا: وهو ما وافق طبيعة الأشياء وانسجم مع حقيقتها، ويطلق عليه (الظاهر) لأن الناس تعتمده في معاملاتها في أكثر الأحوال، ومن أمثلته: براءة الذمة، فهو أصل في نطاق الحقوق الشخصية، فمن ادعى دينا على آخر فهو مدع خلاف الظاهر، ومن ثم يطالب بالبينة، والأصل خلو الملكية من القيود التي تحد من سلطة المالك لمصلحة غيره، ومن يدعي خلاف ذلك فهو مدع خلاف الظاهر ويكون مطالبا بالبينة.

ثانيا - الظاهر عرضا: هو ما كان في الأصل مخالفا للظاهر، ولكن أقام الخصم دليلا عليه بالطرق القانونية فصار ظاهرا، ومثاله: لو ادعى شخص دينا على آخر وأقام عليه سندا مكتوبا، فالذي كان ظاهرا أصلا (وهو براءة ذمة المدعى عليه) يصبح غير ممثل للحقيقة، ويصبح الظاهر هو شغل ذمة المدعى عليه بالدين.

ثالثا - الظاهر فرضا: هو ما افترض القانون ظهوره بقرينة قانونية بسيطة يقيمها لصالح المدعي يعفيه مؤقتا من عبء الإثبات، مثاله ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (١٦٦) من القانون المدني الأردني وفيها: "يفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك"، فهنا لا يكلف المدعي بإثبات أن للعقد سببا مشروعا، بل يعد ذلك موجود فرضا، فإذا ادعى الخصم عدم مشروعية العقد وجب عليه الإثبات[٣].

---

(١) القضاة. **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص٣٩

(٢) القضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص٣٨.

(٣) العبودي، **شرح أحكام قانون البينات**، ص٥٢-٥٤.

الفصل الأول

التعارض والترجيح بين طرق الإثبات، مفهومه، ومسالكه، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعارض مفهومه وأركانه وشروطه.

المبحث الثاني: مفهوم الترجيح.

المبحث الثالث: مسالك الترجيح تقديما وتأخيرا.

المبحث الأول

التعارض: مفهومه، وأركانه، وشروطه، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول – مفهوم التعارض.

المطلب الثاني – أركان التعارض بين طرق الإثبات.

المطلب الثالث – شروط التعارض بين طرق الإثبات.

المطلب الأول - مفهوم التعارض:

أولا- التعارض لغة: من عرض يعرض عرضا إذا ظهر وبرز، والتعارض بمعنى التقابل، تقول: عارض الشيء بالشيء معارضة أي قابله، وفلان يعارضني أي يباريني، وفي الحديث: "أن جبريل يعارضني بالقرآن كل سنة وأنه عارضني العام مرتين، ولا أراه إلا حضر أجلي"[١]، والمعارضة هنا بمعنى المقابلة[٢]. ولها في لسان العرب إطلاقات عدة تقترب في جملتها من معنى التقابل، من هذه الإطلاقات:

- الظهور والبروز، ومنه قوله تعالى: ﴿وَعَرَضْنَا جَهَنَّمَ يَوْمَئِذٍ لِلْكَافِرِينَ عَرْضاً﴾[٣] بمعنى أظهرناها وأبرزناها لهم، فهي بينة مشاهدة، ورجل فيه اعتراض أي ظهور ودخول في الباطل[٤].

- التعادل، أي المساواة والمماثلة، تقول عارضته بمثل ما صنع أي أتيت إليه بمثل ما أتى وفعلت مثل ما فعل.

- الانتصاب من باب المنع والحيلولة والتضاد، ومنه حديث: "لا جلب ولا جنب ولا اعتراض"[٥] وهو أن يعترض رجل بفرسه في السباق فيدخل مع الخيل، ومنه قولهم جعلت فلانا عرضة لكذا أي نصبته له[٦].

- المكافأة: تقول عارضه بما صنع أي كافأه[٧].

---

(١) انظر: البخاري. **الصحيح**، باب كان جبريل يعرض القرآن على النبي، رقم (٤٧١١) ج٤ ص١٩١١.

(٢) انظر: ابن منظور، **اللسان**، باب الضاد، فصل العين، ج٧ ص١٦٧ وما بعدها. والجوهري، إسماعيل بن حماد، (١٤١٤-١٩٩٤). **الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية)**. (ط٣). تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، بيروت: دار العلم للملايين، باب الضاد، فصل العين، ج٣ ص١٠٨٢ وما بعدها. وأنيس، **الوسيط**، ص٥٩٢.

(٣) الكهف، آية ١٠٠.

(٤) انظر: ابن منظور، **اللسان**، باب الضاد، فصل العين، ج٧ ص١٦٧ وما بعدها. والجوهري، **الصحاح**، باب الضاد، فصل العين، ج٣ ص١٠٨٢ وما بعدها. وأنيس، **الوسيط**، ص٥٩٢.

(٥) أخرجه الدار قطني، علي بن عمر البغدادين (١٣٨٦-١٩٦٦). **السنن**، تحقيق عبدالله هاشم المدني، بيروت: دار المعرفة، ج٣ ص٧٥، رقم (٢٨٤). والطبراني، سليمان بن أحمد، (١٤٠٤-١٩٨٣). **المعجم الكبير**، (ط٢). تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي، بيروت: دار الفكر، ج١٧ ص١٧، رقم (١٥). والجرجاني، عبد الله بن عدي، (١٤٠٩-١٩٨٨). **الكامل في الضعفاء**. (ط٣). تحقيق يحيى مختار غزاوي، بيروت: دار الفكر، قال: "من اسمه كثير"، ج٦ ص٥٨.

(٦) انظر: ابن منظور، **اللسان**، باب الضاد، فصل العين، ج٧ ص١٦٧ وما بعدها. والجوهري، **الصحاح**، باب الضاد، فصل العين، ج٣ ص١٠٨٢ وما بعدها. وأنيس، **الوسيط**، ص٥٩٢.

(٧) انظر: ابن منظور، **اللسان**، باب الضاد، فصل العين، ج٧ ص١٦٧ وما بعدها. والجوهري، **الصحاح**، باب الضاد، فصل العين، ج٣ ص١٠٨٢ وما بعدها. وأنيس، **الوسيط**، ص٥٩٢.

- الخد والوجه، يقال أخذ الشعر من عارضيه، أي جانبيه، وتطلق كذلك على الأسنان، كما لها إطلاقات أخرى، تتقاطع في جملتها مع معنى التقابل الذي سبق ذكره[١].

ثانيا - التعارض اصطلاحا:

ثمة تعريفات عدة للتعارض عند علماء الفقه والأصول[٢]، فمن ذلك عند الأصوليين:

- تعريف السرخسي: "المعارضة الممانعة على سبيل المقابلة" وقال: "وإذا تقابل الحجتان على سبيل المدافعة والممانعة سميت معارضة"[٣].

- وتعريف صاحب فواتح الرحموت: "تدافع الحجتين" وبين ذلك بقوله: "ولا يتحقق – أي التدافع- إلا بوحدات من الزمان والحكم والمحل وغير ذلك"[٤].

- كما عرفه صاحب التقرير والتحبير بـ: "اقتضاء كل من دليلين عدم مقتضى الآخر"[٥].

- وعرفه الغزالي بقوله: "معنى التعارض: التناقض"[٦]. وعرفه الشوكاني بـ"استواء الأمارتين"[٧]. فما يلاحظ على هذه التعريفات أنها تقترب كثيرا من المعنى اللغوي لمصطلح التعارض، وفي بعض الأحيان لا تتجاوزه، ومثل هذه التعريفات مشتهرة في كتب الأصول[٨]. كما أن تعريف صاحب فواتح الرحموت يذكر شروط التعارض، والتعريف يجب أن يقتصر على بيان الماهية.

- وفي كتاب التلويح على التوضيح: "...تعارض الدليلين كونهما بحيث يقتضي أحدهما ثبوت أمر والآخر انتفاءه في محل واحد في زمان واحد بشرط تساويهما في القوة، أو زيادة أحدهما بوصف هو تابع". وبمثل هذا عرفه صاحب كتاب (قواعد الفقه) فقد جاء فيه: "...

---

(١) انظر: ابن منظور، **اللسان**، باب الضاد، فصل العين، ج٧ ص١٦٧ وما بعدها. والجوهري، **الصحاح**، باب الضاد، فصل العين، ج٣ ص١٠٨٢ وما بعدها. وأنيس، **الوسيط**، ص٥٩٢.

(٢) السبب في التفريق بين الفقهاء والأصوليين في بيان المعرف؛ أن الأصوليين اهتموا بالتعارض الذي يقع بين أدلة الشرع، أما الفقهاء فكان تعريفهم للتعارض بين الحجاج، وما من شك في أن الأحكام المترتبة على كل منها تختلف عن الأخرى.

(٣) السرخسي، محمد بن أحمد، (١٤١٤-١٩٩٣). **الأصول. (ط١)**. تحقيق أبي الوفا الأفغاني، بيروت: دار الكتب العلمية، ج٢ ص١٢-١٣.

(٤) الأنصاري، عبد العلي محمد بن نظام الدين، **فواتح الرحموت**، مطبوع مع المستصفى للغزالي، ج٢ ص١٨٩.

(٥) ابن أمير الحاج، محمد بن محمد. **التقرير والتحبير في شرح التحرير**. دار الكتب العلمية، ج٣ ص٢.

(٦) الغزالي، أبو حامد. **المستصفى من علم الأصول**. (ط٢). بيروت: دار الكتب العلمية، ج٢ ص٢٢٦.

(٧) الشوكاني، محمد بن علي، (١٤١٤-١٩٩٤). **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، ص٤٠٣.

(٨) من هذه الكتب: كتاب الأصول للبزدوي، قال: "هو تحسين الحجتين"، انظر: البزدوي، علي بن محمد. **الأصول**. مطبوع مع كشف الأسرار للبخاري، دار الكتاب الإسلامي، ج٣ ص٧٧. ومنها كذلك كتاب البحر المحيط، وفيه: "تقابل الدليلين على سبيل الممانعة"، انظر: الزركشي، بدر الدين بن محمد. **البحر المحيط**. دار الكتبي، ج٨ ص١١٩.

والتناقض وهو عد الأصوليين كون الدليلين بحيث يقتضي أحدهما ثبوت أمر والآخر انتفاءه في محل واحد في زمان واحد بشرط تساويهما في القوة أو زيادة أحدهما بوصف هو تابع"[١].

ويؤخذ على هذين التعريفين أنهما أشبه بالتفسير لمصطلح التعارض، فقد بين صاحباهما حقيقة المعرف وشروطه وأركانه، والتعريف إنما وضع لبيان الماهية فحسب، وليس لذكر الشروط والأركان.

التعارض عند الفقهاء:

التعارض عند الفقهاء هو ما كان متعلقا بطرق الإثبات، لا بأدلة الشرع، وقد عرفوه بتعريفات متباينة منها:

- ما جاء في تبيين الحقائق: "التعارض هو تقابل الحجتين"[٢]. ويؤخذ على هذا التعريف أنه لم يتجاوز المعنى اللغوي لمصطلح التعارض.

- وما جاء في كشاف القناع: "التعارض: التعادل من كل وجه، يقال تعارضت البينتان إذا تقابلتا...وتعارض البينتين اختلافهما بأن تثبت كل منهما ما نفته الأخرى، حيث لا يمكن الجمع بينهما فيتساقطان"[٣].

ونلاحظ على هذا التعريف أنه أشبه بالتفسير لمصطلح (تعارض البينات)، كما أنه ليس مانعا فقد أدخل أثر التعارض، وهو التساقط.

هذا إضافة إلى أن المراد بالتعارض في هذا التعريف التعارض المطبق الذي لا يمكن الجمع بينه بحال، وهذا تفسير للتعارض بمعناه الحقيقي، أما ما يمكن إزالته منه بالجمع أو الترجيح، وهو التعارض الظاهري، لم يدخل في التعريف. ومثل ذلك ما جاء في المبدع: "...فتعارضهما – يعني البينتين- أن تشهد إحداهما بنفي ما أثبته الأخرى، أو بالعكس، فالتعارض التعادل من كل وجه"[٤]. وفي هذا إشارة إلى التعارض المطبق (المستحكم من كل وجه)[٥].

---

(١) البركتي، محمد عميم الإحسان المجددي، (١٤٠٧-١٩٨٦). **قواعد الفقه**. (ط١). دار الصدف بيلشرز، ص٢٣٠.

(٢) انظر: الزيلعي، عثمان بن علي. **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**. دار الكتاب الإسلامي، ج٢ ص١٧٣. وبمثل هذا عرفه ابن الهمام في فتح القدير، انظر: ابن الهمام، كمال الدين. **فتح القدير**. بيروت: دار الفكر، ج٣ص٤١٨. الإبهاج، ج٢ ص٢٧٣.

(٣) البهوتي، منصور بن يونس، (١٤١٨-١٩٩٧). **كشاف القناع**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، بيروت، ج٦ ص٥٠٤-٥٠٥.

(٤) ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، (١٤٠٠-١٩٨٠). **المبدع**. بيروت: المكتب الإسلامي، ج١٠ ص١٧٣.

(٥) مذهب الحنابلة أن التعارض بين البينات مرحلة بعد إمكان الجمع والترجيح، فما دام الجمع والترجيح ممكنا لم يكن ثمة تعارض، وهذا واضح من خلال التعريفين المذكورين أعلاه، وهو ما سنبينه في حينه من هذه الدراسة إن شاء الله تعالى.

والتعارض قد يكون مطبقا وقد لا يكون، فيكون ظاهرا فقط، ومع ذلك لا يرتفع عنه وصف التعارض.

- وما جاء في حاشية الدسوقي: " تعارض البينتين: هو اشتمال كل منهما على ما ينافي الأخرى"[١]. وهذا التعريف أغفل جوهر التعارض، وهو لفظ التقابل.

فيلاحظ أن هذه التعريفات – في الجملة - لم تحدد نوع البينات المتعارضة من القبول والرفض، والقوة والضعف، كما أن بعضها أغفل جوهر التعارض وهو لفظ التقابل، واكتفت بالمنافاة أو الاختلاف بين البينتين وقد لا يتحقق بهذا تعارض، ومع ذلك ورغم ما ذكر من ملاحظات على هذه التعاريف، فكل تعريف منها منسجم مع تفريعات مذهبه.

وقد عرفت الموسوعة الفقهية الكويتية التعارض بقولها: "التعارض اصطلاحا: التمانع بين الدليلين مطلقا، بحيث يقتضي أحدهما غير ما يقتضي الآخر"[٢]. ويؤخذ على هذا التعريف أنه أخرج التعارض الظاهر الذي يمكن إزالته بالجمع والتوفيق.

والذي أختاره أن التعارض هو تقابل الحجتين مطلقا، فهذا التعريف رغم ما أخذ عليه من أنه لم يتجاوز المعنى اللغوي للتعارض إلا أنه أليق هذه التعاريف بالتعارض بين طرق الإثبات، كما أنه أنسبها بما ستعرضه هذه الدراسة من قواعد للترجيح، فيحوي الجمع، والترجيح، وكذلك التهاتر.

ومهما يكن من تعريف للتعارض، فالمقصود أنه يقع بين طرق الإثبات، بعضه يمكن إزالته بوجه من وجوه الإزالة، وبعضه يكون مطبقا ولا سبيل إلى الخلاص منه إلا بتساقط البينتين.

المطلب الثاني - أركان التعارض بين طرق الإثبات:

ركن الشيء جانبه الأقوى، وفي اللسان: "أركان كل شيء جوانبه التي يستند إليها ويقوم بها"[٣]. وعرفه الجرجاني بقوله: "ركن الشيء لغة جانبه القوي فيكون عينه، وفي الاصطلاح: ما يقوم به ذلك الشيء وقيل: ركن الشيء ما يتم به، وهو داخل فيه"[٤].

وبيان ركن التعارض يقتضينا الرجوع إلى ما أوردناه من تعريفات للتعارض، إذ التعريف بيان لماهية المعرف، والركن لا يعدو أن يكون بعض تلك الماهية، بل إن بعضهم عندما بين

---

(١) الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ ص٢١٩.
(٢) الأوقاف الكويتية، **الموسوعة الفقهية**. الكويت، ج١٢ ص١٨٥.
(٣) ابن المنظور، **اللسان**، باب النون، فصل الكاف.
(٤) الجرجاني، **التعريفات**، ص١١٧

ركن التعارض كان بيانه تفسيرا لذات التعارض، فتشابه بيانه للركن مع بيانه للذات، ومن هؤلاء البزدوي في أصوله، إذ بين أن ركن التعارض هو تقابل الحجتين على السواء[١].

ومثل ذلك ما ذكره السرخسي في أصوله: وأما الركن – يعني ركن المعارضة- فهو تقابل الحجتين المتساويتين على وجه يوجب كل واحد منها ضد الآخر ما توجبه الأخرى[٢].

وبين الشوكاني أنه: تقابل الدليلين على سبيل الممانعة[٣].

ومن هذه الإيضاحات نستبين أنه يشترط لتحديد ركن التعارض توفر جملة أمور، أهمها:

تقابل الحجتين بحيث تشتمل كل واحدة منها على ما ينافي الأخرى، وأن تكون الحجتان متكافئتين في القوة حتى يتحقق التعارض ويحتاج إلى الترجيح، أما لو كانت إحدى الحجتين أقوى من الأخرى لما حدث تعارض، إذ ترجح الأقوى ويعمل بها.

والذي أميل إليه أن اشتراط التكافؤ – التساوي- بين الحجج المتعارضة ليس ركنا فيه، وإن عده البعض جزءا من التعريف والماهية، وبيانه أنه لو وجدت حجتان متعارضتان فاقت إحداهما الأخرى قوة، فإننا نحكم بتعارضهما رغم ضعف إحداهما وعدم قدرتها على الصمود أمام الأخرى.

وعليه فالذي أراه أن ركن التعارض هو: تقابل البينتين، وهو يتفق إلى حد ما مع ما ذهب إليه الإمام الشوكاني.

المطلب الثالث - شروط التعارض بين طرق الإثبات:

يشترط لتحقق التعارض بين طرق الإثبات جملة شروط، منها:

أولا - أن يكون كلا الطريقين المتعارضين بينة كاملة لو انفردت وجب الحكم بها، فلا تعارض بين بينتين ناقصتين، لا توجب كل واحدة منها الحكم بمفردها لو سلمت من المعارض، كما لو شهد شاهد واحد بصفة، وشهد آخر بصفة أخرى، فإن كل شاهد واحد ليس حجة بالانفراد.

كما لا تعارض بين بينتين إحداهما ناقصة والأخرى كاملة، كما لو شهد شاهدان بحق لزيد وشهد شاهد آخر بذات الحق لعمرو فإنه لا تعارض بينهما[٤].

ثانيا – أن تكون البينتان المتعارضتان متحدتي المحل، والوقت، والقوة:

---

(١) البزدوي، **الأصول**، مطبوع مع كشف الأسرار، ج٣ ص٧٧.
(٢) السرخسي، **الأصول**، ج٢ ص١٣.
(٣) الشوكاني، **ارشاد الفحول**، ص٤٠٣.
(٤) انظر: ابن أبي الدم، (١٤٠٧-١٩٨٧). **أدب القضاة**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، ص٣٣٠.

- أما بالنسبة لاتحاد المحل: كأن تقوم بينة على أن العين ملك زيد، وتقوم أخرى على أنها ذاتها ملك عمرو، أما لو قامت بينة على أن غيرها ملك عمرو لم يكن ثمة تعارض.

- وأما اتحاد الوقت فهو شرط عند من يرى أن التعارض هو التقابل من كل وجه[١].

وهذان الشرطان: إتحاد الوقت والمحل[٢]، ذكرهما السرخسي في أصوله حيث قال: "وأما الشرط: فهو أن يكون تقابل الدليلين في وقت واحد، وفي محل واحد، لأن المضادة والتنافي لا يتحقق بين الشيئين في وقتين ولا في محلين حسا، وحكما: ومن الحسيات الليل والنهار، لا يتصور اجتماعهما في وقت واحد، ويجوز أن يكون بعض الزمان نهارا، والبعض ليلا، وكذلك السواد مع البياض مجتمعان في العين في محلين، ولا يتصور في اجتماعهما في محل واحد. ومن الحكميات: النكاح، فإنه يوجب الحل في المنكوحة، والحرمة في أمها وبنتها، ولا يتحقق التضاد بينهما في محلين، حتى صح اثباتهما بسبب واحد، والصوم يجب في وقت والفطر في وقت آخر، ولا يتحقق معنى التضاد بينهما باختلاف الوقت، فعرفنا أن شرط التضاد والتمانع اتحاد المحل والوقت[٣].

- وأما اتحاد القوة في طرق الإثبات فهو شرط كذلك لتحقق التعارض بينها، فالبينة القوية لا تعارضها البينة الضعيفة، كما لو شهد شاهدا عدل على رجل أنه سرق متاعا، ووجد المسروق عند آخر غير المشهود عليه، فإن هذه القرينة وهي خلو يد المشهود عليه من المتاع وحيازة غيره له لا تعارض شهادة العدول، لاحتمال أنه سرقه ثم ألقاه في فناء بيته حتى يتهم به، أو أودعه عنده حتى لا يرى بحوزته، أو باعه منه أو نحو ذلك.

وكذلك اللوث لا تعارض شهادة عدلين، ومن ذلك الشهادة وعلم القاضي، فالشهادة تفيد الظن، وعلم القاضي يفيد اليقين والقطع، والقطع أقوى من الظن، ولذلك قيل: لا يحكم القاضي بخلاف علمه بإجماع[٤].

---

(١) هذا ليس شرطا عند الجميع، بل عند من يرى أن التعارض مرحلة بعد تعذر الجمع، أو الترجيح كما هو الحال عند الحنابلة، انظر: البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ ص٥٠٤.

(٢) أما اتحاد القوة فقد ذكره بعض الأصوليين منهم الشوكاني في **إرشاد الفحول**، ص٤٠٣، ولم يذكره آخرون كالبزدوي مثلا، حيث اكتفى بشرطي اتحاد المحل والوقت، ولم يشترط اتحاد القوة، انظر: البخاري، عبد العزيز. **كشف الأسرار**. دار الكتاب الإسلامي، ج٣ ص٧٧، ولعل السبب في هذا الاختلاف هو نظرة الأصوليين إلى المرحلة التي يحكم عندها بالتعارض، فمن نظر إلى المطبق منه فيُحكَم بالتوقف إذا كان بين أدلة الشرع، أو بالتساقط إن كان بين الحجاج اشترط هذا الشرط، ومن نظر إلى التعارض الظاهر فقط لم يشترطه.

(٣) السرخسي، **الأصول**، ج٢ ص١٢.

(٤) نقل هذا الإجماع الشربيني في مغني المحتاج، انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ ص٣٩٨.

وهذا الشرط وهو اتحاد المحل والوقت والقوة يجاوره تضاد الحكم، لأن التضاد لا يقع في محلين لجواز اجتماعهما، وكذلك الوقت لجواز اجتماعهما في محل واحد في وقتين، مثل حرمة الخمر بعد حلها[1]، وكذلك الأمر بالنسبة الاتحاد القوة فإن التضاد لا يكون بين بينتين غير متساويتين في القوة، وإن كان ثمة تعارض فهو في الظاهر فقط.

(1) انظر: البخاري، **كشف الأسرار**، ج٣ ص٧٧.

المبحث الثاني

مفهوم الترجيح

أولا- الترجيح لغة:

من رَجَحَ الميزان رُجُوحا ورُجْحانا ورَجَاحَة أي ثقل ومال، وترجحت الأرجوحة بالغلام أي مالت، ورجح ويَرْجَحُ ويَرْجُحُ ويَرْجِحُ رُجوحا ورَجَحانا ورُجِحانا بمعنى واحد[١].

وتأتي الرجاحة بمعنى الحِلم، وهم بهذا يصفون الحلم بالثقل كما يصفون ضده بالخِفة والعَجَل[٢].

كل هذه الألفاظ تفيد معنى واحدا هو الميل والثقل، وهو المراد هنا.

ثانيا- الترجيح اصطلاحا:

اختلفت نظرة العلماء إلى تحديد مفهوم الترجيح، فالبعض نظر إلى وجود سمة في أحد الدليلين تظهره على معارضه، من ذلك ما جاء في البحر المحيط: "بيان اختصاص الدليل بمزيد قوة عن مقابلة"[٣]، والحق أن كثرة من أهل العلم عرفوا الترجيح بمثل هذا التعريف[٤]، ومما يلاحظ على هذا التعريف وما كان على شاكلته أنها في أغلبها تعتمد وجود قوة في أحد الأمارتين ترجحها على الأخرى، ولكن ثمة تعارض بين الأمارات يمكن إبعاده بما هو خارج كلا الأمارتين، كما هو الحال في النسخ، فعند وجود تعارض بين الأمارات إحداهما منسوخة، فإننا نبعد هذا التعارض بما هو خارج كلا الأمارتين، كما هو الحال في النسخ حال تعارض أدلة الشرع، وكما هو الحال في جميع المرجحات الخارجية بالنسبة لطرق الإثبات، ولعل هذا الفريق من أهل العلم – وجلهم من الأصوليين- إنما نظروا إلى أن أدلة الشرع لا يجري فيها حال تعارضها سوى الترجيح، ولا مجال للتعارض المطبق الذي يؤدي إلى التساقط، لأن هذا يلجأ إليه حال التناقض، وهو تعارض الأمارات تعارضا مطبقا من كل وجه، وهذا محال في حق الشارع، وبالتالي فإن هؤلاء اعتبروا أن لا مناص من ترجيح إحدى الأمارات على الأخرى، ومن ثم

---

(١) ابن منظور، **اللسان**، باب الحاء، فصل الراء، ج٢ ص٤٤٤ وما بعدها.

(٢) انظر: ابن منظور، **اللسان**، باب الحاء، فصل الراء، ج٢ ص٤٤٤-٤٤٧. والجوهري، **الصحاح**، باب الحاء فصل الراء، ج١ ص٣٦٤. وأنيس، **الوسيط**، ص٣٢٩.

(٣) الزركشي، **البحر المحيط**، ج٨ ص١٤٥.

(٤) من ذلك: ما جاء في الكوكب المنير وسواه: "الترجيح اقتران الأمارة بما تقوى به على معارضها". ومنه كذلك: الترجيح تقوية إحدى الأمارتين على الأخرى لدليل. وقيل:"الترجيح هو تقديم إحدى الأمارتين الصالحتين للإفضاء إلى معرفة الحكم، لاختصاص تلك الأمارة بقوة في الدلالة" انظر: الفتوحي، تقي الدين أبو البقاء. **شرح الكوكب المنير**. مطبعة السنة المحمدية، ص٦٣٦. وابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ج٣ ص١٧. وابن المرتضى، أحمد بن يحيى. **البحر الزخار**. دار الكتاب الإسلامي، ج١ص٢٠٢.

جعلوا القوة المساعدة في الترجيح جزءا من الدليل حتى وإن كانت من خارجه فعرف على ضوء ذلك.

وقريبا من هؤلاء من عرفوا الترجيح بالنظر إلى المجتهد الذي ينظر في الأمارات ويقارن بينها، ومن ثم ينتهي إلى ترجيح إحداها على الأخرى، سواء أكان المرجح الذي انتهى إليه من خارج الأمارة أم من داخلها؟ ومن هذه التعاريف "إظهار الزيادة لأحد المثلين على الآخر وصفا لا أصلا"[١]، والإظهار يحتاج إلى مظهر، وهناك من عرف الزيادة بأنها تكون في الدليل أصلا، مثل ما جاء في البحر المحيط عن الكيا قوله: "الترجيح إظهار الزيادة لأحد المثلين على الآخر أصلا"[٢]، ولعل هؤلاء كان تعريفهم بالنظر إلى أدلة الشرع فهي التي يكون التعارض فيها ظاهرا فحسب، أما إن قصد أن الزيادة المرجحة لا بد أن تستخرج من الدليل فهذا قصور في التعريف وثلم.

وقد ناقش الدكتور البرزنجي هذه التعاريف وفندها، واختار تعريفا اعتبره جامعا مانعا، وهو "الترجيح: تقديم المجتهد بالقول أو بالفعل أحد الطريقين المتعارضين لما فيه من مزية معتبرة تجعل العمل به أولى من الآخر"[٣]، والواقع أن هذا التعريف إن كان يصلح للترجيح بين طرق الإثبات المتعارضة – وهو ما أميل إلى اختياره مع بعض التعديل- إلا أن في اختياره للترجيح بين أدلة الشرع نظرا؛ لأن قوله: (نجعل العمل به أولى من الآخر) يفهم منه أن العمل بالطريق الآخر جائز ولكن خلاف الأولى، وهذا - إن كان مقبولا في حق طرق الإثبات – لكنه غير مقبول في حق أدلة الشرع؛ لأن أدلة الشرع إن ترجح للمجتهد منها شيء حال تعارضها يكون العمل به واجبا، وليس فقط من باب أولا، كما أن التعريف اعتبر تقديم العمل بإحدى الطريقين لاشتماله على مزية مرجحة، والصحيح أن هذا ثلم في التعريف، يجعله غير جامع؛ لأن المزية المرجحة قد تكون في أحد الدليلين كما تكون من خارجهما، كما لو كان المرجح هو الزمن (أي النسخ) في أدلة الشرع، وكما لو كان المرجح قرينة بالنسبة لطرق الإثبات، أو حتى الأدلة.

من هنا فإنني أميل إلى اختيار هذا التعريف مع بعض التعديل، فأقول: الترجيح هو تقديم القاضي بالقول أو بالفعل أحد الطريقين المتعارضين لوجود مزية معتبرة توجب هذا التقديم.

---

(١) البخاري، **كشف الأسرار**، ج٤ ص٧٧

(٢) الزركشي، **البحر المحيط**، ج٨ ص١٤٥.

(٣) البرزنجي، عبد اللطيف عبد الله، (١٤١٣-١٩٩٣). **التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، ص٨٩.

المبحث الثالث

مسالك الترجيح، تقديما وتأخيرا

أولا – المسالك المتبعة في الترجيح بين طرق الإثبات المتعارضة:

إذا تعارض طريقان من طرق الإثبات، كأن شهدت إحداهما بنفي والأخرى بإثبات، أو وقتت إحداهما وأطلقت الأخرى أو نحو ذلك، فما المسالك المتبعة للخروج من هذا التعارض؟

الواقع أن الفقهاء وضعوا لذلك ثلاثة مسالك[١]، هي:

أولا - الجمع والتوفيق.

ثانيا – الترجيح.

ثالثا - التهاتر (التساقط).

فهذه مسالك الخروج من التعارض عند الفقهاء، ويمكن أن تعد قواعد رئيسة في الترجيح بين طرق الإثبات المتعارضة، وثمة تفريعات على بعض هذه القواعد يمكن أن تصنف في باب القواعد الفرعية المنبثقة عن القواعد الكلية، وسيأتي الحديث عنها في حينه من هذه الدراسة إن شاء الله تعالى.

ثانيا - المسلك الذي يُبدأ به حال وجود التعارض:

ينبني على السؤال السابق وهو تحديد المسالك المتبعة للخروج من التعارض سؤال آخر يقضي بوجوب تحديد المسلك الذي يُبدأ به من بين هذه المسالك الثلاثة خروجا من التعارض القائم بين طرق الإثبات:

فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: ويقضي بتقديم الترجيح مطلقا، فإن تعذر فالجمع، وإلّا سقطت البينات فلا يعمل بأي منها، قال بهذا فقهاء الحنفية[٢]، والشافعية في قول[٣].

جاء في مغني المحتاج: "إذا ادعيا – أي كل منهما- عينا وهي في يد ثالث وهو منكر لها، وأقام كل منهما بينة...سقطتا لتناقض موجبهما، فأشبه الدليلين إذا تعارضا ولا مرجح... وفي قول تستعملان صيانة لهما عن الإلغاء بقدر الإمكان"[٤].

---

(١) ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ ص٢٦٤-٢٦٥.

(٢) انظر: الكاساني، **البدائع**، ج٦ ص٢٣٣. ابن أمير الحاج، **والتقرير والتحبير**، ج٣ ص٣. ونظام الدين الأنصاري، **فواتح الرحموت**، ج٢ ص١٨٩.

(٣) انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ ص٤٨٠. وابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص٢٣٨ و ٢٤٠. الأنصاري، زكريا بن محمد ابن زكريا. **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**. دار الكتاب الاسلام، ج٤ ص٤٠٨ وما بعدها.

(٤) قولهم بقدر الإمكان أي: يعمل بهما بالقدر الذي اتفقا عليه، وهنا قد اتفقتا على أن العين ليست لواحد معين، فتنتزع من يد صاحب اليد. انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ ص٤٨٠. ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص٢٣٨.

استدل هؤلاء بأن الظنيين إذا تعارضا ثم ترجح أحدها على الآخر كان العمل بالراجح متعينا عرفا فيجب شرعا لقوله ﷺ: "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"[١]. وقالوا بأن البينة حجة من حجج الشرع، والراجح يلحق بالمتقين في أحكام الشرع[٢].

ويمكن أن يجاب عن هذا الاستدلال بأن العمل بالحجتين المتعارضتين جمعا وتوفيقا حال أمكن ذلك لا يعارضه تقديم العمل بالراجح منها إذا ما ثبت رجحانها، وليس فيما استدلوا به ما يوجب تقديم الترجيح على غيره، بل كل ما يدل عليه هو وجوب العمل بالراجح حال ثبوت رجحانه، ولا أظن أحدا يخالف ذلك[٣].

الاتجاه الثاني: ويقضي بتقديم الجمع ما أمكن، قال به المالكية[٤]، والحنابلة[٥]، وبيان مذهبهم فيما يأتي:

---

(١) رواه: أحمد، **المسند**، ج١ ص٣٧٩، رقم(٣٦٠٠)، وحسنه الأرناؤوط. والحاكم، **المستدرك**، قال: "هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وله شاهد أصح منه إلا أن فيه إرسالا"، ووافقه الذهبي، ج٣ ص٨٣، رقم (٤٤٦٥). وابن حجر، أحمد بن علي. (١٩٩٥م). **الأمالي المطلقة**. (ط١). تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي، بيروت: المكتب الإسلامي، ص٦٥، قال عنه: "حسن". والهيثمي، علي بن أبي بكر، (١٤٠٧هـ). **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**. القاهرة وبيروت: دار الريان، ودار التراث، باب في الاجماع، قال: "رجاله موثوقون"، ج١ ص١٧٧. والطبراني، سليمان بن أحمد، (١٤١٥). **المعجم الأوسط**. تحقيق طارق بن عوض الله، وعبد المحسن الحسيني، القاهرة: دار الحرمين، ج٤ ص٨٥، رقم (٣٦٠٢). وأورده الألباني في السلسة الضعيفة، وقال: "لا أصل له مرفوعا، وإنما ورد موقوفا على ابن مسعود"، انظر: الألباني، ناصر الدين. **السلسلة الضعيفة**. الرياض: مكتبة المعارف، ج٢ ص١٧، رقم (٥٣٣).

(٢) انظر: الكاساني، **البدائع**، ج٦ ص٢٣٣. والأنصاري، **فواتح الرحموت**، ج٢ ص١٩٠. والشوكاني، **إرشاد الفحول**، ص٤٠٤.

(٣) وللإنصاف أقول: لقد أورد بعض الباحثين المعاصرين نصوصا استدلوا بها على تقديم الترجيح على الجمع نقلا عن الإمام الشوكاني في كتابه (إرشاد الفحول) والواقع أن حديث الشوكاني كان حول تعارض أدلة الشرع، وليس حول تعارض الحجاج، ولم يكن حديثه من باب تقديم الترجيح على الجمع فيها، بل إن المتتبع لكلام الشوكاني لا يجده يقدم الترجيح على الجمع بحال، وكل ما هنالك: أنه عرض قول فريق من أهل العلم والقاضي بالتوقف حال تعارض أدلة الشرع كالكتاب مع الكتاب، والسنة مع السنة، ونحو ذلك، فرد عليهم بأن هذا القول مرجوح، والصحيح هو القول بالترجيح، ودعم رأيه هذا بهذه الأدلة التي ساقها والتي نقلها عنه بعض المعاصرين مثل عبد الرحمن شرفي في كتابه: تعارض البينات، للاستدلال على تقديم الترجيح على الجمع، والواقع أن هذا خلط واضح، كما أنه ليس فيما ساقه دلالة على محل النزاع. يراجع: شرفي، عبد الرحمن محمد، (١٤٠٦-١٩٨٦). **تعارض البينات القضائية**، ص٢٩.

(٤) جاء عن ابن القاسم في من أقام بينة على أنه أسلم هذا العبد في مائة إردب حنطة، وأقام البائع بينة على أنه أسلمه ذلك العبد وثوبا معه في مائة إردب حنطة فقال ابن القاسم أن العبد والثوب في المائة عملا بقول البائع؛ لأن بينته شهدت بالأكثر. انظر: عليش، **منح الجليل**، ج٨ ص٥٣٢. وقد نستنتج من هذا أن ابن القاسم لا يرى بأسا بتقديم الترجيح في بعض الحالات.

(٥) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ ص١٣٢ وما بعدها. والبهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ ص٥٠٤. وله **شرح منتهى الإرادات**، ج٣ ص٥٦١. والمرداوي، **الإنصاف**، ج١١ ص٤٠٤.

ذهب المالكية إلى تقديم الجمع ما أمكن، فإن تعذر فالترجيح، فإن تكافأت البينتان سقط اعتبارهما[١].

وبمثل هذا قال الحنابلة، وإن لم ينصوا على ذلك صراحة كما رأينا عند المالكية، وإنما فهم ذلك من استقراء نصوصهم[٢]، ولعل السبب أن الحنابلة لا يعدون التعارض الذي يمكن إزالته بالجمع والتوفيق تعارضا بالمعنى الحقيقي، بل قد لا يعدونه تعارضا أصالا، يقول صاحب المغني: "وإن شهد اثنان أنه سرق هذا الكيس غدوة وشهد آخران أنه سرقه عشيا، فقال القاضي: يتعارضان، وهو مذهب الشافعي كما لو كان المشهود به قتلا، والصحيح أن هذا لا تعارض فيه لأنه يمكن صدق البينتين..."[٣].

ومذهب الحنابلة هذا ينسجم مع تعريفهم للتعارض الذي سبق ذكره، وهو أن تثبت كل من البينتين ما نفته الأخرى فلا يمكن الجمع بينهما فيسقطان، فكأنهم – ومن خلال هذا التعريف- يطلقون الجمع ويقصدون به إزالة التعارض بأي طريق كان، سواء بالجمع (التوفيق) أو بالترجيح، دل على ذلك أن التعريف نص صراحة على الجمع والتوفيق –كما هو مبين في المثال المتقدم عن المغني- ثم أقر بعد ذلك النتيجة وهي التساقط حال تعذر الجمع، ولم يذكر الترجيح مع أنهم يقولون به ويقدمونه على التساقط، من ذلك ما جاء في كشاف القناع ما نصه: "إذا قال لعبده متى قُتِلتُ فأنت حر، فادعى العبد أنه قتل، وأنكر ورثته، فالقول قولهم إن لم تك له بينة...وإن أقام كل واحد منهما بينة بما ادعى...قدمت بينة العبد وعتق؛ لأن مع بينته زيادة وهو القتل"[٤]، ولهذا النص أشباه في كتبهم كلها تشير إلى الأخذ بالترجيح والعمل به، كما يأخذون بالجمع ويعملون به.

استدل أصحاب هذا الاتجاه على تقديم الجمع بحديث الرجلين اللذين اختصما إلى النبي ﷺ في بعير فأقام كل واحد منهما بينة أنه له، فجعله النبي ﷺ بينهما[٥].

---

(١) انظر: عليش، **منح الجليل**، ج٨ ص٥٣٢. والمواق، محمد بن يوسف العبدري. **التاج والإكليل**. دار الكتب العلمية، ج٨ ص٢٥٤. والخرشي، محمد بن عبدالله. **حاشية على مختصر سيدي خليل**. دار الفكر، معه العدوي، علي بن أحمد. **الحاشية**، ج٧ ص٢٣٠. والدسوقي، **الحاشية**، ج٤ ص٢٢٠. الصاوي، **بلغة السالك**، ج٢ ص٣٧١. وابن فرحون، التبصرة، ج١ ص٢٦٤.

(٢) يراجع في ذلك: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ ص١٣٢ وما بعدها. والبهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ ص٥٠٤. وله **شرح منتهى الإرادات**، ج٣ ص٥٦١. والمرداوي، **الإنصاف**، ج١١ ص٤٠٤.

(٣) ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ ص١٣٣.

(٤) البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ ص٥٠٤.

(٥) رواه البيهقي في السنن الكبرى، باب المتداعيين يتنازعان شيئا في أيديهما معا، ج١٠ص٢٥٨، وابن أبي شيبة، عبدالله بن محمد، (١٤٠٩هـ). **المصنف**. (ط١). تحقيق كمال يوسف الحوت، الرياض:= مكتبة الرشيد، وعبد الرزاق، ابن همام الصنعاني، (١٤٠٣هـ). **المصنف**. بيروت: المكتب الإسلامي، كلاهما في كتاب الدعاوي والبينات، من طريق سماك بن حرب بن تميم، وهو مرسل. ورواه: أحمد، الإمام أحمد ابن حنبل، (١٤٠٨-١٩٨٨). **في العلل ومعرفة الرجال**. (ط١). تحقيق وصي الله بن

وجه الدلالة: أن عمل النبي ﷺ بكلا البينتين دل على وجوبه متى كان ممكنا، حتى مع العلم بأن إحداهما تكذب الأخرى، فلو كان تقديم الترجيح واجبا ما تركه ﷺ.

وأجيب عن هذا الاستدلال بأنه يحتمل أن البعير كان بيدهما فأبطل البينتين وقسمه بينهما(١).

ويمكن أن يستدل لهم بالقاعدة الفقهية "إعمال الكلام أولى من إهماله"، خاصة وأن البينتين تكاذبتا ولا يعلم الصادق منهما، ولو انفردت كل واحدة منهما لوجب العمل بها، فترك العمل بهما جمعا وتوفيقا مع إمكانه بلا مسوغ يشهد له.

كما أن الواجب حمل البينات على السلامة، ويعمل بها معا ويحكم بالصحة(٢).

الاتجاه الثالث: وهو للشافعية في الراجح من مذهبهم، ويقضي بتهاتر (تساقط) البينتين المتعارضتين إذا عدم المرجح(٣)، فهو - أي الترجيح - مقدم عندهم ويعمل به ما أمكن، فإن عدم كان التهاتر، أما الجمع فلا سبيل إليه في المعتمد عندهم.

يقول ابن عبد السلام: "...ومن قسم بين المتداعيين فقد خالف موجب البينتين في نصف ما شهدت به؛ لأن كل واحدة منهما شاهدة بالجميع، ولا يجوز أن يجعل تعارض البينتين المتساويتين كاجتماع اليدين على العين؛ لأن كل واحدة من اليدين مفيدة للظن، غير مكذبة لصاحبتها، والبينتان ههنا متكاذبتان، ولا يحصل من كل واحدة منهما ظن..."(٤).

محمد، بيروت – الرياض: المكتب الإسلامي، دار الخاني، ج١ص٢٢٤، رقم (٢٧٠). ومال ابن حجر إلى تضعيفه، إما بالإعلال لبعض رواياته، وإما بالإرسال للأخرى، يراجع ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، (١٣٨٤-١٩٦٤). **التلخيص الحبير**. تحقيق عبدالله المدني، المدينة المنورة، كتاب الدعاوى والبينات، ج٤ ص٢٠٩، رقم (٢١٤٠). وقبله الزيلعي، فقد نقل عن المنذري قوله: "إسناده كلهم ثقات" وذكر طريقهم، وقال (يعني الزيلعي) في حديث أبي هريرة، وأبي موسى والذي فيه "ليس لواحد منهما بينة"، وهو – بالمناسبة - صحيح الإسناد كما ذكر الأندلسي، في تحفة المحتاج عن أبي داود وغيره، انظر: الأندلسي، عمر بن علي الوادياشي، (١٤٠٦هـ). **تحفة المحتاج**. (ط١). تحقيق اللحياني، مكة: دار حراء، كتاب الدعاوى والبينات، ج٢ ص٥٩١ - يقول (أي الزيلعي): "وهذا المتن مخالف للمتن الأول فإنه في الأول أقام كل واحد منهما البينة، وفي الثاني لم يقم أحد منهما بينة، والأول هو حديث الكتاب دون الثاني، قال المنذري في حواشيه: قيل: يحتمل أن تكون القصة واحدة وقيل يحتمل أن يكونا واقعتين" انظر: الزيلعي، عبدالله بن يوسف، (١٣٥٧هـ). **نصب الراية**. (ط١). تحقيق البنوري، مصر: دار الحديث، ج٤ص١٠٨. ونقل الأندلسي تصحيح الحاكم لهذه الرواية أيضا. وقد ضعف الإمام الشوكاني هذا الحديث بالإعلال في بعض رواياته، وبالإرسال في بعضها الآخر، انظر: الشوكاني، **نيل الأوطار**. ج٩ص٢١٣-٢١٤. وضعفه الألباني في الإرواء. الألباني، محمد ناصر الدين، (١٤٠٥-١٩٨٥). إرواء الغليل. (ط٢). بيروت: المكتب الإسلامي، ج٨ص٢٧٣، رقم(٢٦٥٦).

(١) الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٤ ص٤٠٨. الشوكاني، **نيل الأوطار**، ج٩ص٢١٤.

(٢) انظر: الزحيلي، **وسائل الإثبات**، ص٨٠٧.

(٣) انظر: الشيرازي، أبي اسحاق، (١٤١٤-١٩٩٤). **المهذب**، بيروت: دار الفكر، ج٢ ص٤٣٥. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ ص٤٨٠. وابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص٢٣٨ و ٢٤٠. العز بن عبد السلام، **القواعد الكبرى**، ج٢ ص١٠١. الأنصاري، **وأسنى المطالب**، ج٤ ص٤٠٨ وما بعدها. والأنصاري، زكريا بن محمد، **شرح البهجة**، المطبعة الميمنية، ج٥ ص٢٩٤ وما بعدها، البجيرمي، سليمان بن عمر بن محمد. **حاشية البجيرمي على المنهج**. دار الفكر العربي، ج٤ ص٤٠٥.

(٤) العز بن عبد السلام، **القواعد الكبرى**، ج٢ ص١٠٢.

وفي هذا إشارة إلى رفض الجمع قسمة[١].

ويستدل الشافعية لمذهبهم هذا بأن العمل بالبينة إنما يكون بجميع ما شهدت به، فإذا تعارضت بينتان ولا مرجح سقطتا، ولا سبيل إلى إعمالهما في بعض ما شهدتا به[٢].

ثم إن البينتان لما تعارضتا ولا مرجح فقد تكاذبتا، ولا نعلم الكاذبة منهما، فيكون إعمالهما جميعا مساواة للصادقة منهما بالكاذبة، وذلك لا يصح، فيكون الحكم وجوب سقوطهما[٣].

وقد يجاب عن هذا؛ بأن القطع بكذب البينتين المتعارضتين فيه نظر، فقد يكون منشأهما محتمل الوجود، بأن تشهد إحداهما سبب الملك كالشراء، والأخرى ظاهر الملك بوضع اليد، ومعلوم لدينا أن مدار العمل بالبينات غالب الظن[٤].

الرأي المختار:

لعلنا في هذه المسألة لم نشهد نصوصا يستند إليها في الترجيح بين التجاهات الثلاثة، وما كان منها عند فريق من العلماء أجاب عنه الآخرون، فضعف الاستدلال بها، وعليه يكون المختار عندي - وهو ما أراه منسجما مع قاعدة تحقيق العدالة، إذ هي مقصدنا الوحيد الذي نهفو إليه فيما نقر ونختار، وهي التي طلبها سلفنا، وما كانت آراؤهم السابقة إلا بحثا عنها، وسعيا وراء بلوغها - هو الآتي:

أولا – أرى أن إسقاط الجمع مسلكا من مسالك الخروج من التعارض وعدم العمل به مرفوض، ولا يحقق العدالة المنشودة، فقد يكون مكمنَها[٥] - أي العدالة - كما لو كان المدعى في أيديهما، فالأجدر في هذه الحالة أن نعمل البينتين قسمة، وهو ما يسمى بالجمع قسمة، وكما لو قامت بينة على أنه سرق آلة سوداء، وشهدت أخرى أنه سرق آلة بيضاء، فهنا تتساقط البينتان في الصحيح عند الشافعية؛ لتعارضهما، وقد يفلت الجاني من يد العدالة، مع أن إعمال البينتين في مثل هذه الحالة قد يكون ممكنا، ومحققا للعدالة المنشودة، وإذا كان كذلك أصبح العمل به واجبا؛ لانتفاء التعارض الحقيقي بينهما، وترجيحا لجانب الصدق فيهما، فيكون الأمر أنه سرق آلتين، سوداء، وبيضاء.

---

(١) وسيأتي معنا أن بعض وجوه الجمع مقبولة عند هؤلاء.

(٢) ابن عبد السلام، **القواعد الكبرى**، ج٢ ص١٠٢.

(٣) انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ ص٤٨٠. ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص٢٣٨.

(٤) انظر: البابرتي، **العناية**، مطبوع مع تكملة فتح القدير، ج٨ ص٢٤٦-٢٤٧.

(٥) تجدر الإشارة إلى أن الشافعية القائلين بعدم الجمع - وهو المعتمد عندهم كما سبق - لا يرفضونه في جميع الحالات، بل في بعضها، كالجمع قسمة أو قرعة، أما الجمع الذي يعمل فيه بالبينتين المتعارضتين من كل وجه فلا أرى أنهم يرفضونه، وهذا يشير إلى أن التعارض المسقط للبينات عندهم هو التعارض المطبق، أما التعارض الظاهر الذي يمكن الخروج منه بالجمع من كل وجه فلا يعدونه تعارضا بالمعنى الحقيقي، وسيأتي الحديث في ذلك مفصلا في حينه من فصل الجمع والتوفيق.

ثانيا – أرى أن تقديم الترجيح دائما يصيب أحيانا، ويخفق أخرى، فقد يعثر القاضي على مرجح – حسب قواعد الترجيح عند من قال بذلك- كما في بينة النتاج، وبينة الملك المطلق، فالحنفية مثلا يقدمون بينة النتاج دائما(١)، في حين أن العدالة قد تكون متحققة في إعمالهما جميعا.

ومن هنا أرى أن يقدم الجمع بين طرق الإثبات المتعارضة من كل وجه؛ لأن العمل بالبينتين واجب متى كان ممكنا.

والخلاصة: أن يقدم الجمع - وهذا كمبدأ عام - فإن وجد لإحدى البينتين ميزة على الأخرى، أو جاء من القرائن ما يرجح إحداها قدمت وهكذا.

وسيأتي معنا أن الخلاف بين الفقهاء حول الجمع بين طرق الإثبات المتعارضة من كل وجه خلاف لفظي إلا ما كان من الحنفية الذين يؤخرونه عن الترجيح في كل الأحول، أما بقية الفقهاء فيقولون به ويقدمونه، بل إن فريقا منهم يعدون التعارض بين طرق الإثبات مرحلة بعد تعذر إعمالها من كل وجه، وهو ما سمي بالجمع من كل وجه.

---

(١) انظر: ابن قاضي سماونة، **جامع الفصولين**، ج١ ص٧٦.

الفصل الثاني

الجمع بين طرق الإثبات المتعارضة، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الجمع بين طرق الإثبات المتعارضة من كل وجه.

المبحث الثاني: الجمع بين طرق الإثبات المتعارضة من بعض الوجوه دون بعض.

تمهيد:

الجمع لغة:

من جمع الشيء عن تفرقة يجمعه جمعا، وجمعت الشيء إذا جئت به من ههنا ومن ههنا، وتجمع القوم: اجتمعوا من ههنا ومن ههنا.

فهو بمعنى: الالتقاء، والتوحد، والضم، مثال ذلك:

قوله تعالى: ﴿مَجْمَعَ الْبَحْرَيْنِ﴾[١]، أي ملتقاهما.

وقوله: ﴿فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ وَشُرَكَاءَكُمْ﴾[٢]، أي ادعوا شركاءكم.

وتقول العرب: أجمع بناقته: أي صرَّ أخلافها جُمَع، بمعنى ضُمَّ[٣].

والمعنى المراد يشمل المعاني الثلاثة.

الجمع اصطلاحا:

لم أقف للفقهاء على تعريف محدد للجمع بين طرق الإثبات المتعارضة فيما قدر لي الاطلاع عليه من كتبهم، وما تشير إليه نصوصهم يدل على اختلاف بينهم في تحديد هذا المفهوم وبيانه، وقد سبق القول: إن الفقهاء مختلفون في حكم الجمع تقديما وتأخيرا حال تعارض البينات، فالمالكية[٤]، والحنابلة[٥]، والزيدية[٦] قدموه على الترجيح، وهؤلاء يرون أن الجمع يتحقق في إعمال البينتين من كل وجه، ولا يطلقون على استعمال الحجاج بالقسمة ونحوه جمعا وتوفيقا.

أما الآخرون وهم الحنفية[٧]، والشافعية في قول عندهم[٨] فيرون تأخير الجمع عن الترجيح، وهؤلاء يعدون استعمال البينتين قسمة أو قرعة أو توقفا جمعا وتوفيقا.

---

(١) سورة الكهف آية (٦٠).

(٢) سورة يونس آية (٧١).

(٣) انظر: ابن منظور، **اللسان**. باب العين، فصل الجيم، ج٨ص٥٣-٥٤. والجواهري، **الصحاح**، باب العين، فصل الجيم، ج٣ص١١٩٨.

(٤) انظر: عليش، **منح الجليل**، ج٨ ص٥٣٢. والدسوقي، **الحاشية**، ج٤ ص٢٢٠. الصاوي، **بلغة السالك**، ج٢ ص٣٧١. وابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٢٦٤.

(٥) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ ص١٣٢ وما بعدها. والبهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ ص٥٠٤. وله **شرح منتهى الإرادات**، ج٣ص٥٦١. والمرداوي، **الإنصاف**، ج١١ ص٤٠٤.

(٦) انظر: الشوكاني، محمد بن علي. **السيل الجرار**. (ط١). تحقيق محمود ابراهيم زايد، بيروت: دار الكتب العلمية، ج٤ ص٢٠٦.

(٧) انظر: الكاساني، **البدائع**، ج٦ ص٣٥٨ وما بعدها. والحسام الشهيد، **شرح أدب القاضي**، ص٣٥٦.

(٨) انظر: الشيرازي، **المهذب**، ج٢ ص٤٣٥. والنووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، (١٤١٥-١٩٩٥). **روضة الطالبين وعمدة المفتين**. بيروت: دار الفكر، ج١٠ ص١٣٤ وما بعدها.

ولعلنا نستطيع صياغة تعريف واضح للجمع بين طرق الإثبات المتعارضة نجمع فيه بين الاختلافات الحاصلة بين الفقهاء في نظرتهم لهذا المصطلح فنقول: هو العمل بالحجج المتعارضة ظاهرا، أو بقدر معين منها.

- فقولنا (ظاهرا) أخرج التعارض الحقيقي، وهو الذي يتعذر معه الجمع من كل وجه.

فيدخل في هذا الجمع عند من يقدمونه على الترجيح، أي حال أمكن العمل بالبينتين من كل وجه.

- وقولنا (أو بقدر معين منه) يدخل فيه الجمع عند من يؤخرونه عن الترجيح، سواء باستعمال البينتين من كل وجه، أو باستعمالهما من بعض الوجوه دون بعض كما هو الحال في القسمة والقرعة والتوقف.

ومن هنا يمكن تقسيم هذا الفصل إلى المبحثين الآتيين:

- الجمع بإعمال البينتين من كل وجه.

- الجمع بإعمال البينتين من بعض الوجوه دون بعض.

المبحث الأول

الجمع بين طرق الإثبات المتعارضة من كل وجه، وفيه مطلبان:

المطلب الأول – المقصود بالجمع بين طرق الإثبات المتعارضة من كل وجه، والقائلون به.

المطلب الثاني - طبيعة الجمع عند القائلين بتقديمه، وشروطه.

المطلب الأول

المقصود بالجمع بين طرق الإثبات المتعارضة من كل وجه، والقائلون به

الفرع الأول – المقصود بالجمع بين طرق الإثبات المتعارضة من كل وجه:

يراد بذلك العمل بالبينتين المتعارضتين ظاهرا في جميع ما شهدتا به، فيعمل بهما وكأنه لا تعارض بينهما، ويحكم بما شهدت به كل منهما دون تصرف فيهما أو في واحدة منهما: بالإبطال، أو الإلغاء، أو التوقف ونحوه، ومثل لذلك بـ:

- ما لو شهدت بينة أنه أسلمه هذا الثوب في مائة إردَب[١] حنطة، وشهدت أخرى أنه أسلمه ثوبين غيره في مائة، لزمه الأثواب الثلاثة في مائتين، ويحملان على أنهما سلمان[٢].

- وكما لو شهدت بينة أنه طلق الكبرى وشهدت أخرى أنه طلق الصغرى، فإنه يجمع بينهما ويقع طلاق الاثنتين[٣].

الفرع الثاني – القائلون بالجمع بين طرق الإثبات المتعارضة من كل وجه:

أستطيع القول؛ إن العمل بطرق الإثبات المتعارضة من كل وجه بالمعنى السابق وجد في فرعيات المذاهب الفقهية الأربعة، فبعضهم صرح بالعمل به، وتقديمه كما رأينا عند المالكية والحنابلة[٤].

وآخرون صرحوا بالعمل به دون تقديمه كما هو عند الحنفية، فقد جاء في البدائع: " ... وإن تعذر الترجيح فإن أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه وجب العمل به"[٥].

أما الشافعية فقد دلت نصوصهم على أخذهم بالجمع من كل وجه، ومن ذلك: "إذا شهد شاهدان أنه سرق منه كبشا غدوة، وشهد آخران أنه سرق منه كبشا عشية، ثبت له كبشان"[٦]، وجاء في المهذب : "وإن كان في يد رجل دار فادعى زيد أنه باعها منه بألف وأقام عليه بينة وادعى عمرو أنه باعها منه بألف وأقام عليه بينة ... فإن كانت البينتان بتاريخين مختلفين بأن شهدت بينة أحدهما بعقد في رمضان وبينة أحدهما بعقد في شوال لزمه الثمنان؛ لأنه يمكن

---

(١) الإردب (بكسر الهمزة، وفتح الدال) مكيال يسع أربعة وعشرين صاعا، أو ست وَيبات. انظر، أنيس. **الوسيط**. ص١٣.

(٢) عليش. **منح الجليل**. ج٨ ص٥٣٠.

(٣) عليش. **منح الجليل**. ج٨ ص٥٣٠.

(٤) انظر: ص ٤٠ من الرسالة.

(٥) الكاساني، علاء الدين، (١٤١٧ – ١٩٩٦). **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**. (ط١). بيروت: دار الفكر، ج٦ ص٣٥٤.

(٦) ابن أبي الدم. **أدب القضاء**. ص٣٣١.

الجمع بينهما بأن يكون قد اشتراه في رمضان من أحدهما ثم باعه واشتراه من الآخر في شوال، وإن كانت البينتان مطلقتين ففيه وجهان:

أحدهما - أنه يلزمه الثمنان لأنه يمكن استعمالهما بأن يكون قد اشتراه في وقتين مختلفين.

والثاني - أنهما يتعارضان..."[١].

وجاء عن بعضهم التصريح بتقديم الجمع من كل وجه عملا حال الإمكان، وهو ما يمكن أن نفهمه من كلام النووي عند حديثه عن المدعيين يدعيان عينا في يد ثالث، وأقام كل واحد منهما بينة، فبعد أن ذكر قولي علماء المذهب في ذلك وهما: التساقط وهو الأظهر، والاستعمال، قال: " ...ثم قيل: القولان في الأصل فيما إذا لم تتكاذب البينتان صريحا، فإن تكاذبتا سقطتا قطعا، والأشهر طردهما في الحالين، وصريح التكاذب أن لا يمكن الجمع بتأويل، ... فإن أمكن الجمع بتأويل فليس تكاذبا، بأن شهدت هذه أنه ملك زيد، وهذه أنه ملك عمرو، فإنه يحتمل أن كل واحدة علمت سببا، كشراء ووصية، واستصحب حكمه ..."[٢]. ويدل على ذلك قولهم السابق: "استعمال البينتين حال التعارض"، وعللوه بقولهم: "صيانة لهما عن الإلغاء"، وفسروا الاستعمال هنا بالقسمة أو القرعة أو التوقف، ولعل هذا كان السبب في رفضهم للعمل بالبينتين من كل وجه، أنهم جزموا كذب إحداهما، وعلى هذا لو قدر بينتين تعارضتا ظاهرا فقط فلا أرى أنهم لا يعملونهما من كل وجه، وقد دل على ذلك المثال المتقدم.

ولعل الفقهاء غير مختلفين في العمل بالبينتين من كل وجه حال الإمكان، كما أشارت إلى ذلك النصوص السابقة، وإنما الخلاف قائم بينهم حول العمل بالجمع والتوفيق تقديما وتأخيرا:

فالمالكية يقدمون الجمع على سواه ويصرحون بذلك، والحنابلة يعدون التعارض مرحلة بعد تعذر الجمع.

أما الحنفية والشافعية فيعملون به كما رأينا ولكن بعد تعذر الترجيح، وإن كان مثال الشافعية المتقدم لا يعارض فكرة إمكان تقديمه على سواه حال الإمكان.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام ما كان من الإمام محمد بن الحسن الذي ذهب مذهبا وافق فيه المالكية في العمل بالجمع وتقديمه في مسألة السلم التي تقدم ذكرها، والتي استدلوا بها على إمكان تقديم الجمع على سواه، فجاء عنه أنه لو اختلفا في المسلم فيه قدرا أو

---

(١) الشيرازي، **المهذب**. ج٢ص٤٣٨.
(٢) النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ ص١٣٥.

صفة أو جنسا مع اتفاقهما على رأس المال، وأقاما البينة، فقد ذهب الإمام محمد إلى أنــه تقبــل البينات جميعا ويقضى بسلمين، وهذا خلاف المذهب عند الحنفية[١].

ويمكن أن نطرد هذا القول إلى مواطن أخرى يكون الجمع حيالها ممكنـا مــع تلمــس جوانب العدالة فيه وقد علمنا أن فقهاء المالكية أنفسهم وكذا الحنابلة لم يرسموا قواعــد واضــحة للجمع يسار عليها حال النظر في البينات، وكأنهم تركوه لرأي القاضي وتقديره، يتلمس جوانــب العدالة ويبحث عما يحققها فيما هو بين يديه معروضا، ويبدو أن الإمام محمد من خلال المثــال السابق لم يتجاوز هذا القول.

وخلاصة القول في الجمع بين طرق الإثبات المتعارضة من كل وجه:

أولاً – أنه محل اعتبار وتقديم عند فقهاء المالكية، والحنابلة، والزيدية، وكذلك محمد بــن الحسن من الحنفية، وقد فهم ذلك من خلال الأمثلة والفروع الفقهية المروية عنهم.

ثانياً – قال به فقهاء الحنفية، وإن لم يقدموه.

ثالثاً - ورد عند الشافعية نصوص تدلل على العمل بالجمع بين البينات المتعارضة مــن كل وجه وتقديمه أحيانا.

المطلب الثاني - طبيعة الجمع عند القائلين بتقديمه، وشروطه.

أولا - طبيعة الجمع عند القائلين بتقديمه:

ليس ثمة مشكلة عند من يؤخرون الجمع على الترجيح، فهم يعملون بالبينتين مــن كــل وجه حال أمكن ذلك وعُدم المرجح، ويعملونهما من بعض الوجوه دون بعض إذا لم يكــن ذلــك ممكنا، ويعد ذلك عندهم جمعا وتوفيقا.

أما الفقهاء الذين قدموا الجمع، فإن قولهم هذا يقتضينا النظر فــي حقيقــة هــذا الجمــع وطبيعته:

الواقع أن هؤلاء وباستقراء نصوصهم في هذا الجانب، وما ساقوه مــن أمثلــة، نجــدهم يحصرون ما يقدم منه فيما يرون استقرار العدالة في تقديمه، ولا يدع شكا في ذلــك – بحــسب وجهة نظرهم - وهو ما عبر عنه فقهاء المالكية بقــولهم: " ...وأمكــن جمــع بــين البينتــين

(١) انظر: الكاساني، **البدائع**. ج٦ص٣٦٧-٣٦٨

المتعارضتين: جمع"[١]، وكذلك نجد فقهاء الحنابلة – وهم ممن يقولون بتقديم الجمع والتوفيق - يعدون التعارض مرحلة بعد تعذر الجمع[٢].

فإن تلمسوا جوانب العدالة في الترجيح صاروا إليه حتى مع إمكان الجمع[٣].

فأي شبهة تورث تكاذب البينتين، وعدم اطمئنان القاضي لإعمالهما جمعا وتوفيقا من كل وجه تجعلهم ينتقلون إلى الترجيح، أو التهاتر حال أن تعذر الترجيح، حتى لو أمكن الجمع، وكأنهم بذلك يتركون تقدير الأمر للقاضي.

والرأي أن هؤلاء مصيبون فيما ذهبوا إليه، فليس ثمة نص من كتاب أو سنة يعمل به، أو إشارة يستأنس بها، وإنما هو موضع اجتهاد ونظر، ونحن طلاب حقيقة، وباحثون عنها، فأي سبيل أدلى إليها تمسكنا به، وما جاوزها رددناه، ولا أراها تقترب من موضع اقترابها من العمل بكلا البينتين حال أمكن ذلك، وتيسرت سبله، وتبين القاضي بعد نظر واجتهاد تحققها فيه.

ولعل هذا مراد الشافعية من رأيهم المتقدم الذي نقله النووي[٤]، وكذلك ما جاء عن الإمام محمد.

ثانيا - شروط الجمع بين طرق الإثبات المتعارضة من كل وجه:

ثمة شرط وحيد عند من قال بتقديم الجمع على الترجيح ما أمكن وهم فقهاء المالكية والحنابلة، وهو أن تكون البينات المتعارضة في مجلسين، فلا يصار إلى الجمع مع اتحاد المجلس[٥]، وهو ما عبر عنه فقهاء الحنابلة باتحاد الوقت[٦]، فإن اتحد الوقت في البينتين فلا سبيل إلى الجمع والتوفيق.

وفي قول عند المالكية يصح الجمع وإن اتحد المجلس، والصحيح هو الأول[٧].

ويعد هذا الشرط الوحيد عند هؤلاء، ومرادهم بالجمع هنا إعمال البينتين من كل وجه، فيعمل بهما وكأنه لا تعارض بينهما، ولا يطلقون على استعمال الحجاج بالقسمة جمعا وتوفيقا.

---

(١) عليش. **منح الجليل**. ج٨ص٥٣٢.
(٢) ابن قدامة. **المغني**. ج١٢ ص١٧٣.
(٣) جاء في التبصرة: "إذا تعارضت البينات وأمكن الجمع بينهما جمع، وإن لم يمكن رجع إلى الترجيح"، ومن ذلك أن يصار إلى الترجيح مع إمكان الجمع عندما يختل شرط من شروط الجمع، كاتحاد المجلس. ابن فرحون. **التبصرة**. ص ٢٦٣. وانظر: **منح الجليل**، ج٨ص ٥٣٢.
(٤) النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ ص١٣٥.
(٥) انظر: عليش، **منح الجليل**، ج٨ ص٥٣٠. والدسوقي، **الحاشية**، ج٤ ص٢١٧.
(٦) انظر: البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ ص٥٠٣.
(٧) انظر: عليش، **منح الجليل**، ج٨ ص٥٣٠.

المبحث الثاني

الجمع بين طرق الإثبات المتعارضة من بعض الوجوه دون بعض،

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول – القسمة جمعا بين طرق الإثبات المتعارضة.

المطلب الثاني - الجمع والتوفيق قرعة.

المطلب الثالث - الجمع والتوفيق عن طريق التوقف.

تمهيد:

قد يحدث الجمع بين طرق الإثبات المتعارضة من بعض الوجوه دون بعض، فلا يعمل بها من كل وجه، ولا يحكم بجميع ما شهدت به، بل ببعضه، أو قد لا يحكم بواحدة منها عوض[١]، وإنما نتوقف، أو قد يقرع بين المتداعيين، وفي هذه الحالات كلها ثمة سبب وحيد هو التعارض الحادث الذي تعذر فكاكه، فنعمل بكل منهما ولكن ليس من الوجوه جميعها بل من بعضها، أو ليس بكل ما شهدتا به.

وينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب: القسمة، والقرعة، والتوقف.

المطلب الأول – القسمة جمعا بين طرق الإثبات المتعارضة.

المقصود بالقسمة هنا: التجزئة والفصل والفرز الذي يحدث للعين موضع النزاع، يقال: قسم القوم الشيء بينهم: أخذ كل منهم نصيبه منه[٢].

ويمكن القول: إن جمهور الفقهاء متفقون - من حيث الجملة - على العمل بالقسمة، ولكن ثمة تفصيلات كانت موضع خلاف بينهم، يأتي في مقدمتها أن بعضهم عدها من باب الجمع والتوفيق بين طرق الإثبات المتعارضة، وآخرون لا يرون تصنيف القسمة في باب الجمع والتوفيق، وإنما هي مرحلة مستقلة، أو ربما تجيء في باب الترجيح، وإن كانت النتيجة متفقة في كلا الحالين وهي اقتسام المدعى بين المتنازعين. وتفصيل القول في أمر القسمة يأتي في الفروع الآتية:

الفرع الأول - حكم القسمة جمعا بين طرق الإثبات المتعارضة:

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يقضي بجواز قسمة المتنازع فيه بين المتنازعين جمعا بين الأدلة المتعارضة، وهو قول الحنفية[٣]، والشافعية في قول[٤]، وقال به المالكية[١] والحنابلة في حالات

---

(١) عوضُ: أبدا، وهي تستعمل للمستقبل.

(٢) أنيس، **الوسيط**. ص٧٣٤.

(٣) انظر: السرخسي. (شمس الدين)، (١٤١٤ – ١٩٩٣). **المبسوط**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، ج١٧ص٤١. والحسام الشهيد، عمر بن عبد العزيز، (١٤١٤-١٩٩٤). **شرح أدب القاضي**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، ص٣٦٠ وما بعدها. والكاساني. **البدائع**. ج٦ص٣٥٨ وما بعدها. والعبادي، محمد بن علي. **الجوهرة النيرة**. المطبعة الخيرية، ج٢ص٢٤١.

(٤) انظر: الشافعي. **الأم**، ج٦ص٢٥٥. الشيرازي. **المهذب**، ج٢ص٤٣٥. والنووي. **روضة الطالبين**، ج١٠ ص١٣٤.

محدودة[٢]، وهو مذهب الظاهرية[٣]، والزيدية[٤].

استدل هؤلاء بحديث الرجلين الذين اختصما إلى النبيﷺ في بعير فأقام كل واحد منهما بينة أنه له، فجعله النبي ﷺبينهما[٥].

وجاء في رواية: أن رجلين ادعيا دابة فأقام كل واحد منهما شاهدين، فقضى رسول الله ﷺ بينهما نصفين"[٦].

وجه الدلالة أنه لما تكافأت البينتان ولا مرجح وأمكن القسم، قسم النبي ﷺ المتنازع فيه بين المتنازعين.

وعن أبي الدرداء أن رجلين اختصما في فرس فأقام كل واحد منهما شاهدين أنه نتجه لا يعلمه باعه، ولا وهبه، فقضى به أبو الدرداء بينهما نصفين، وقال: "ما أحوجكما إلى سلسلة بني إسرائيل، كان داود إذا جلس يقضي بين الناس نزلت فأخذت بعنق الظالم"[٧].

ويتجه على هذا؛ أن دلالته على عدم جواز العمل بالأدلة المتعارضة قسمة فوق دلالته على ما استدلوا به عليه، بدليل ما قاله بعد فصل الخصومة - أي قوله: "ما أحوجكما إلى سلسلة ..."، فهو بهذا يشير إلى أن أحدهما ظالم ولا حق له فيما يدعي. فكأن قضاءه بقسمته بينهما صلح ليس إلا، فلربما كان في أيديهما، وإن كان كذلك عد قضاء ترك لا استحقاق.

أما الأحاديث السابقة فضعيفة ولا تنهض بها حجة، وعلى فرض صحتها فتحمل على أن المتنازع فيه كان في أيديهما فقضى فيه بينهما.

واستدلوا بأن البينة دليل من أدلة الشرع والعمل بالدليلين واجب بالقدر الممكن، فإن أمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من كل وجه، وإن لم يمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من وجه كما في سائر دلائل الشرع[٨].

---

(١) انظر: ابن فرحون. **التبصرة**. ج١ص٢٦٣. القرافي. أحمد بن إدريس، (١٩٩٤م). **الذخيرة**. (ط١). محمد أبو خبزة، تحقيق محمد أبو خبزة، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ج١١ص٢٥ وما بعدها. وعليش. **منح الجليل**. ج ٨ص٥٤٣.

(٢) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٧٦. البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ ص٤٩٠. المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ ص٣٨٩.

(٣) انظر: ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد. **المحلى بالآثار**، تحقيق عبد الغفار البنداري، بيروت: دار الكتب العلمية، ج٨ص٥٣٧.

(٤) انظر: الشوكاني. **السيل الجرار**، ج٤ص٢٠٧.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) رواه ابن حبان، **الصحيح**، كتاب القضاء، ج١١ص٤٥٧، رقم (٥٠٦٨). وانظر ما سبق.

(٧) انظر: ابن أبي شيبة، وعبد الرزاق، كلاهما في **المصنف**، كتاب الدعاوي والبينات، باب في الرجلين يدعيان السلعة يقيم كل واحد منهما البينة. والزيلعي، **نصب الراية**، باب ما يدعيه الرجلان، ج٤ ص١١٠.

(٨) الكاساني، **البدائع**، ج٦ ص٣٦٠. قاضي زاده، **تكملة فتح القدير، المسمى بـ نتائج الأفكار**، ج٨ ص٢٤٦. والسرخسي، **المبسوط**، ج١٧ ص٤٣. القرافي، **الذخيرة**، ج١١ص٢٣.

واستدلوا كذلك بأن منشأ كل من البينتين محتمل الوجود، بأن يعتمد أحدهما سبب الملك كالشراء والآخر اليد فصحت البينتان، ومدار العمل بالبينات صحتها لا صدقها، فإن ذلك مما لا يطلع عليه العباد، يقول صاحب العناية: " ولا نسلم كذب أحدهما بيقين لأن المطلِق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود، فإن صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة؛ لأن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد، فجاز أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بأن رآه يشتري فشهد على ذلك، والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما أمكن، وقد أمكن التنصيف بينهما لكون المحل قابلا وتساويهما في سبب الاستحقاق"[1].

ثم إنهما استويا في سبب الاستحقاق، والمُدَّعى قابل للاشتراك، فيستويان في الاستحقاق كالغريمين في التركة، والموصى لهما، كل واحد منهما بالثلث، يقتسمان الثلث بينهما نصفين، وهذا بخلاف ملك النكاح فإنه لا يقبل الاشتراك[2].

القول الثاني: يقضي بمنع القسمة جمعا بين طرق الإثبات المتعارضة، وهو قول المالكية في المعتمد[3]، والحنابلة في الراجح[4]، والشافعية في قول[5] اختاره العز بن عبد السلام[6].

جاء في القواعد الكبرى للعز بن عبد السلام: " ومهما تعارضت الأدلة المفيدة للظنون، فإن كانا متساويين من كل وجه وجب التوقف لانتفاء الظن الذي هو مستند الأحكام..."[7].

وقال مستدلا: "ولا يجوز الحكم في الشرع إلا بعلم أو اعتقاد أو ظن، فإذا تعارض دليلان ظنيان فإن وجدنا من أنفسنا الظن المستند إلى أحد الدليلين حكمنا به، وإن وجدنا الشك والتردد على سواء وجب التوقف، وإنما نجد الظن عند التعارض من أحدهما؛ لأن الظن المستفاد منه عند انفراده أقوى من الظن المستفاد من معارضه في حال الانفراد"[8].

واستدلوا بأنهما حجتان تعارضتا ولا مزية لأحدهما على الأخرى فسقطتا كالنصين في الحادثة[9].

ثم إنهما تكاذبتا فسقطتا بالتكاذب[1].

---

(1) البابرتي، **العناية**، مطبوع مع تكملة فتح القدير لقاضي زاده، ج٨ ص٢٤٦-٢٤٧.
(2) السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ ص٤٣.
(3) انظر: القرافي. **الفروق**، ج٤ص٢١٤. والدسوقي، **الحاشية**، ج٤ ص٢٢٣. الدردير، أحمد بن محمد. **الشرح الكبير**. مطبوع مع الدسوقي. والصاوي، **بلغة السالك**. ج٢ص٣٧٥.
(4) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ ص١٧٥. البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص ٤٩٨. المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ ص٣٩٨.
(5) انظر: الشيرازي، **المهذب**، ج٢ص٤٣٥. والشربيني، **مغني المحتاج**، ج٢ص٤٨٠.
(6) انظر: ابن عبد السلام، **القواعد الكبرى**، ج٢ص١٠١.
(7) ابن عبد السلام، **القواعد الكبرى**، ج٢ ص١٠١.
(8) ابن عبد السلام، **القواعد الكبرى**، ج٢ ص١٠١.
(9) الشيرازي، **المهذب**، ج٢ ص٤٣٥.

وكذلك إن البينة ما بان بها الحكم، فإذا لم يكن بها بيان ردت لأنه لا بيان فيها لأحـــدهما بعينه[٢].

الرأي المختار:

واضح أن النصوص التي استدل بها المجيزون للقسمة جمعا بـــين الأدلـــة المتعارضـــة ضعيفة ولا تنهض بها حجة، ومن ثم فإن الموضوع يحتمل القبول والرد. والذي أميـــل إليـــه أن ثمة مواطن يعمل فيها بالأدلة المتعارضة قسمة، وأخرى لا يعمل فيها بذلك، وأترك تفصيل ذلـــك إلى ما بعد الفراغ من المطالب الثلاث: القسمة، والقرعة، والتوقف؛ لعلة أذكرها فـــي حينهـــا إن شاء الله تعالى.

الفرع الثاني - شروط العمل بالقسمة جمعا بين طرق الإثبات المتعارضة عند القائلين به:

الشرط الأول – أن يكون بعد تعذر الترجيح، فإن أمكن الترجيح لا يصار إلى الجمع قسمة، وهذا الشرط عند جمهور الفقهاء[٣].

الشرط الثاني - ألا يكون المتنازع فيه بيدهما، أو بيد أحدهما، بأن يكون بيد ثالث، أو بغيـــر يـــد أحد[٤]، أما لو كان بيدهما فهو بينهما عند جميعهم، ولكن الأنسب به عند البعض[٥] ألا يعد جمعـــا بين طرق الإثبات المتعارضة بل ترجيحا، بأن ترجح بينة الداخل، أو الخارج على خلاف بـــين الفقهاء نأتي على تفصيل ذكره في حينه إن شاء الله تعالى.

وخالف الحنابلة في الراجح من مذهبهم في ذلك فلم يقولوا بالقسمة بـــين الخـــارجين[٦]، وهو قول عند الشافعية[٧].

---

(١) الماوردي، علي بن محمد البصري، (١٤١٤-١٩٩٤). **الحاوي الكبير**. (ط١). تحقيق معوض وعبـــد الموجود، بيروت: دار الكتب العلمية، ج١٧ ص٣١٩.

(٢) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ ص٣١٩.

(٣) ابن فرحون، **التبصرة**، ص٢٦٣. ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ ص١٧٤.

(٤) انظر: الكاساني. **البدائع**. ج٦ ص٣٦٠. الحسام الشهيد، **شرح أدب القاضي**، ص٣٥٦. والسرخـــسي، **المبسوط**، ج١٧ص٤١. وعليش. **منح الجليل**، ج٨ص٥٤٣. وابن فرحون، **التبـــصرة**. ج١ص٢٦٣. والشيرازي. **المهذب**، ج٢ص٤٣٥. وابن قدامة. **المغني**. ج١٢ص١٧٤.

(٥) من هؤلاء فقهاء الحنفية، والحنابلة، انظر: الكاساني. **البدائع**. ج٦ ص٣٦٠. الحسام الشهيد، **شرح أدب القاضي**، ص٣٥٦. والسرخسي، **المبـــسوط**، ج١٧ص٤١. وابـــن قدامـــة. **المغنـــي**. ج١٢ص١٧٤. والبهوتي. **كشاف القناع**، ج٦ص٤٩٠.

(٦) البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ ص٥٠٢.

(٧) انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ ص١٣٤. والشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ ص٤٨٠.

الشرط الثالث – أن يكون المحل قابلا للقسمة، باقتسامه حقيقة كالبيت، أو حكما كاقتسام ثمنه، أو منفعته، كما لو كان حيوانا، أما لو كان المحل غير قابل للقسمة كالأبضاع، والأنساب فلا يصار إليها، فلو ادعيا زواج امرأة وأقاما على ذلك بينتين ولا مرجح فلا سبيل إلى القسمة.

هذا جملة ما اشترطه القائلون بالقسمة جمعا بين طرق الإثبات المتعارضة، وهي مشتركة إلى حد ما بين الفقهاء، وثمة شروط عند بعض المذاهب دون بعض يأتي بيانها في الفرع الآتي:

الفرع الثالث – نظرة الفقهاء إلى القسمة:

ما سبق من أن فريقا من الفقهاء يرى القسمة عملا بالأدلة المتعارضة، وآخر لا يراها كذلك يعد بيانا مجملا لنظرة هؤلاء الفقهاء إلى القسمة، وفيما يأتي أفصل قولهم فيها، فأقول:

أولا – القسمة عند الحنفية:

تأخذ القسمة عند الحنفية تكييفا خاصا في توظيفها، فهي تكون بين الخارجين، وتكون كذلك بين الداخلين، ولكنها بين الخارجين جمعا بين طرق الإثبات المتعارضة، ولا تعد كذلك بين الداخلين، بل الأنسب بها أن تعد عملا بالبينات المتعارضة ترجيحا، فهم يقولون بترجيح بينة الخارج في الجملة(١)، كما لا قسمة بين صاحب اليد والخارج(٢).

حالات القسمة عند الحنفية:

أولا – أن يدعي كل واحد منهما قدر ما يدعي الآخر، فتقسم العين مناصفة في الحالات التالية:

- أن لا يذكر سبب الملك، بأن قامت البينات على ملك مطلق عن السبب، وكانت مؤقتة بوقت، أو أطلقت عن الوقت فيقضى به بينهما نصفان.

- أن يذكر سبب الملك، فإن ادعيا الملك بسبب واحد، فإن كان هو الإرث، فتقسم العين إذا لم توقت البينتان، أو وقتتا بوقت واحد، أو وقتت إحداهما وأطلقت الأخرى، وهذا عند جميعهم؛ لاستوائهما في الحجة، وذلك أن الملك الموروث ملك الميت، والوارث إنما يخلفه ويقوم مقامه في ملكه، ألا ترى أنه يجهز من التركة، ويقضي منها دينه، ويرد الوارث بالعيب، ويرد عليه؟ فكأن المورثين حضرا وادعيا ملكا مطلقا عن الوقت(٣).

---

(١) انظر: الكاساني. **البدائع**. ج٦ص٣٥٨. ابن عابدين. محمد أمين (١٤١٢-١٩٩٢). **حاشية رد المحتار**. بيروت: دار الفكر، ج٥ص٥٧٠ وما بعدها. قاضي زاده. **تكملة فتح القدير**، ج٨ص١٦٣وما بعدها. والحسام الشهيد. **شرح أدب القاضي**. ص٣٦٠وما بعدها.

(٢) انظر: الكاساني. **البدائع**، ج٦ص٣٥٨. ابن عابدين. **الحاشية**، ج٥ص٥٧٠.

(٣) انظر: ابن قاضي سماونة، محمود بن إسرائيل، (١٣٠١هـ). **جامع الفصولين**. (ط١). مصر: المطبعة الكبرى الميرية، ج١ص٧٧. الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٣٦١. السرخسي. **المبسوط**. ج١٧ص٤٣.

وإن وقتا ووقت أحدهما أسبق فهو بينهما عند محمد ولا عبرة بالتاريخ عنده هنا[١]، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف هو لاسبقهما.

حجة محمد ما مر أنهما لا يدعيان الملك لأنفسهما ابتداء بل لمورثهما ثم يجرانه إلى أنفسهما ولا تاريخ لملك المورثين فصار كما لو حضر المورثان وبرهنا على الملك المطلق، هذا إذا لم يؤرخا ملك الميتين، أما لو أرخا ملك الميتين فيقضى لأسبقهما تاريخا[٢].

ووجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف أن الوارث بإقامة البينة يظهر الملك للمورث لا لنفسه، فكان كأنه حضر المورثان وأقام كل واحد منهما بينة مؤرخة وتاريخ أحدهما أسبق، ولو كان كذلك لقضي لأسبقهما تاريخا لإثباته الملك في وقت لا تعارضه فيه بينة الآخر وكذا هنا[٣].

- وإن كان السبب هو الشراء، فإما أن يدعيا الشراء من واحد هو صاحب اليد أو غيره، فتقسم العين إذا لم تؤرخ البينتان، ولم تذكر إحداهما القبض، أو استوى التاريخ في كليهما، ويشترط إذا كان الشراء من غير صاحب اليد أن تذكر البينة نسبة الملك له[٤].

وأما إن ادعيا الشراء من اثنين سوى صاحب اليد فيقسم بينهما إذا أطلقت البينتان عن الوقت، وكذلك لو وقتتا بوقت واحد، أو وقتت إحداهما وأطلقت الأخرى[٥].

- وان كان السبب هو النتاج، فيقسم إذا أقاما البينتين على ملك مطلق أو على ملك مؤقت واتفق الوقتان[٦].

وأما إن ادعيا بسببين مختلفين، فإن كان ما ادعياه من اثنين يعمل بكل واحد من السببين، بأن ادعى أحدهما أنه اشترى هذه الدابة من فلان وادعى الآخر أن فلانا آخر وهبها له وقبضها منه، قضي بينهما نصفين؛ لأنهما ادعيا تلقي الملك من البائع والواهب فقاما مقامهما كأنهما حضرا وادعيا وأقاما البينة على ملك مرسل[٧].

وإن كان ما ادعياه من واحد فإن استوى السببان قوة يعمل بهما جميعا على أن لا يكون المدعى بيد أحدهما، فإن كان فهو لصاحب اليد إجماعا[٨]، ثم لهم تفصيل حول أي السببين هو الأقوى[١].

الشيخ نظام وجماعة. (١٤٢١هـ-٢٠٠٠م). **الفتاوى الهندية**. (ط١). ضبط وتصحيح: عبد اللطيف حسن، بيروت: دار الكتب العلمية، ج٤ص٨٠.

(١) انظر: الكاساني. **البدائع**. ج٦ص٣٥٦. السرخسي. **المبسوط**، ج١٧ص٤٣.

(٢) انظر: ابن قاضي سماونة، ج١ص٧٧. الكاساني. ج٦ص ٣٥٦.

(٣) انظر: ابن قاضي سماونة، ج١ص٧٧. الكاساني. ج٦ص ٣٥٦.

(٤) انظر: الكاساني. ج٦ص ٣٥٩.

(٥) انظر: ابن قاضي سماونة، ج١ص٧٧. الكاساني. ج٦ص ٣٦٣.

(٦) انظر: ابن قاضي سماونة، ج١ص٧٧. الكاساني. ج٦ص ٣٥٧.

(٧) انظر: الكاساني، ج٦ص٣٦٤.

(٨) انظر: الكاساني، ج٦ص٣٦٤.

طريقة القسمة عند تباين ما يدعيان:

لو ادعى أحدهما أكثر مما يدعي الآخر، بأن ادعى أحدهما نصف العين، وادعى الآخر كلها، فثمة قولان عند الحنفية:

القول الأول وهو لأبي حنيفة وينص على أن العين تقسم بطريق المنازعة[٢].

القول الثاني للصاحبين وفيه: أن العين تقسم بطريق العول والمضاربة[٣].

والقسمة على طريق المنازعة تكون بأن يقتسم المتنازعان ما وقع فيه النزاع، أما ما سلم من المنازعة فهو لمدعيه، وفي مثل سؤالنا السابق ينظر إلى الجزء الذي وقع التنازع فيه، فيجعل القسم الذي خلا من المنازعة سالما لمدعيه، ويقتسمان ما وقع فيه النزاع، وهو النصف، فيكون لمدعي النصف الربع، ولمدعي الكل ثلاثة أرباع.

أما القسمة على طريقة العول والمضاربة فهي أن تجمع السهام كلها في العين فتقسم بين الكل بالحصص فيضرب كل بسهمه كما في الميراث والديون المشتركة المتزاحمة والوصايا، وعلى هذا يقسم الثمن على مبلغ السهام فيضرب كل واحد بسهمه، وهنا أحدهما يدعي كل الدار، والآخر يدعي نصفها، فيجعل اخسهما سهما فيجعل نصف الدار بينهما، وإذا جعل نصف الدار بينهما صار الكل سهمين، فمدعي الكل يدعي سهمين ومدعي النصف يدعي سهما واحدا فيعطى هذا سهما والآخر سهمين فكانت أثلاثا[٤].

رجح الكاساني قسمة أبي حنيفة وعلل ذلك بأن الحاجة إلى القسمة لضرورة الدعوى والمنازعة ووقوع التعارض في الحجة ولا منازعة لمدعي الكل إلا في النصف فلا يتحقق التعارض إلا فيه فيسلم له ما وراءه لقيام الحجة عليه وخلوها من المعارض، فكان ما قاله أبو حنيفة عملا بالدليل بالقدر الممكن[٥].

ثانيا – القسمة عند المالكية:

الواقع أن القسمة في المذهب المالكي عند من قال بها منهم تجيء بعد تعذر الجمع والترجيح، فهي مرحلة مستقلة لا تعد من الجمع والتوفيق - في الجملة - كما هو الحال عند

---

(١) فصل فقهاء الحنفية في ذلك، فلو اجتمع الشراء والهبة، أو الشراء والصدقة، فإن الشراء أولى عندهم. للمزيد يراجع: الكاساني، ج٦ص٣٦٤. قاضي زاده، **تكملة فتح القدير**، ج٨ص٢٤٥ وما بعدها، وغيرها من كتب الحنفية.

(٢) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ص٨٣. البابرتي، **العناية**، مطبوع مع تكملة فتح القدير، ج٨ص٢٧٧. ابن عابدين، **الحاشية**، ج٥ص٥٧٦.

(٣) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ص٨٣. البابرتي، **العناية**، ج٨ص٢٧٧. ابن عابدين، **الحاشية**، ج٥ص٥٧٦.

(٤) انظر: الكاساني، ج٦ص٣٦٥.

(٥) انظر: الكاساني، ج٦ص٣٦٥.

الحنفية والشافعية الذين يعدون العمل بها دفعا لتعارض طرق الإثبات جمعا وتوفيقا، وإن كانت النتيجة واحدة بالنظر إلى المدعى مآلا، وهو قسمته بين المتداعيين.

ولكن ثمة حالات قال بها بعض فقهائهم تجيء فيها القسمة عملا بالبينات المتعارضة، وتصوير المذهب عندهم على النحو الآتي:

المعتمد عند المالكية أن البينتين إذا تعارضتا وتعذر الجمع وكذا الترجيح سقطتا، وبقي المدعى به على حاله إن كان بيدهما، أو بيد غيرهما بعد يمينه إذا أنكرهما[١]، جاء في منح الجليل: "وإن تعارض بينتان ولم يمكن الجمع بينهما وتعذر ترجيح لأحدهما على الأخرى وكان المتنازع فيه بيد غير المتنازعين سقطتا - أي البينتان - وبقي المتنازع فيه بيد حائزه إن لم يقر به لأحدهما..."[٢].

ولكن تجيء القسمة في قول عندهم عملا بالأدلة المتعارضة إذا ادعياه وأقاما بينتين بذلك وكان بيد ثالث، فإن العين تنزع من يده وتقسم بين المتنازعين[٣].

وتجيء كذلك في قول عندهم نقله ابن عرفة إذا أقر به لأحدهما، فيعد إقراره لغو ويقتسمانه، وفي المعتمد أنه له بيمينه[٤].

كما تجيء إن أقر به لغيرهما أو سكت فعندها لا يلتفت إليه ويقسم بينهما[٥].

وتجيء كذلك إذا أقر به لهما أو قال هو لا يعدوهما[٦].

فهذه مواطن يعمل فيها بالقسمة عند المالكية إذا كان المدعى بغير يدي المتداعيين، أما لو كان بيدهما وأقاما بينتين بذلك سقطتا وبقي على حاله بعد أيمانهما، ويكون قضاء ترك لا استحقاق، وتكون الأيمان دافعة لا جالبة، كمن ادعي عليه فحلف[٧].

مما سبق يتضح لنا بعض شروط القسمة عندهم، والتي كانت كما يأتي:

١- أن لا يكون المدعى بيد أحدهما، بأن كان بيدهما، أو بيد غيرهما ولم يقر به لأحدهما، أو بغير يد أحد[١].

---

(١) انظر: القرافي. **الفروق**، ج٤ص٢١٤. والدسوقي، **الحاشية**، ج٤ ص٢٢٣. الدردير، أحمد بن محمد. **الشرح الكبير**. مطبوع مع الدسوقي. والصاوي، **بلغة السالك**. ج٢ص٣٧٥.

(٢) عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٤٣.

(٣) انظر: مالك. مالك بن أنس، (١٤١٥-١٩٩٤). **المدونة**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، ج٤ص٤٨. القرافي. **الفروق**، ج٤ص٢١٤. وعليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٤٣. والكافي، **إحكام الأحكام**، ص٤٦.

(٤) انظر: عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٤٣.

(٥) انظر: عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٤٣.

(٦) انظر: القرافي. **الفروق**. ج٤ص٢١٤. وعليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٤٣.

(٧) انظر: القرافي. **الفروق**، ج٤ص٢١٤.

٢- الحلف قبل القسمة[٢].

٣- ذهب المالكية إلى أنه يجب الاستيناء كثيرا فيما لا يتسارع إليه الفساد، وقليلا فيما يتسارع إليه الفساد قبل القسمة؛ لعل أن يأتي أحدهما بأثبت مما أتى به صاحبه[٣].

طريقة القسمة عند المالكية:

القسمة عند المالكية في المشهور على قدر الدعوى، وقيل مناصفة.

ويشمل القسم على الدعوى: القسم كالعول، والقسم على التنازع والتسليم[٤].

فإن لم يكن المتنازع فيه بأيديهما فإنه يقسم على قدر الدعوى اتفاقا، بعد أيمانهما، وإن كان بأيديهما قولان:

الأول - على قدر الدعوى وهو قول الإمام مالك وابن القاسم وعبد الملك وهو المشهور.

الثاني - يقسم بينهما بالسوية؛ لتساويهما فيه في الحيازة، قاله أشهب وسحنون.

والقسم على الدعوى هو المعتمد عندهم، ولكن اختلفوا في كيفيته، فالأكثرون انه يعال في القسم كالفرائض، وهو مروي عن الإمام مالك، وقال به مطرف وابن كنانة وابن وهب وأشهب وأصبغ.

وذهب ابن القاسم وابن الماجشون إلى أنه لا يعال في القسم بل يقسم على التسليم والمنازعة[٥].

ثالثا - القسمة عند الشافعية:

ذكرنا أن الشافعية يقولون بالجمع والتوفيق بين طرق الإثبات المتعارضة قسمة، والواقع أن القسمة عندهم بهذا المفهوم تأتي في إطار القول المرجوح في المذهب، أما القسمة بالنظر إلى ما يؤول إليه المدعى من اقتسام فتجيء في القول الراجح كما المرجوح، وفي كلا الحالين لا تجيء القسمة إلا بعد وقوع التعارض ولا مرجح، وبيان هذه المسألة في الآتي:

تنقسم هذه المسألة إلى كون المدعى بيد ثالث، أو بيد المتداعيين، فإذا كان بيد ثالث وادعاه اثنان وأقاما بينتين تعارضتا، وفيه قولان:

---

(١) انظر: عليش. **منح الجليل**، ج٨ص٥٤٤.

(٢) انظر المرجع السابق، ج٨ص٥٤٣ والتي بعدها. والدسوقي. **الحاشية**، ج٤ص٢٢٣. وابن فرحون. **التبصرة**، ج١ص٢٦٣ وما بعدها.

(٣) انظر: الدسوقي. **الحاشية**، ج٤ص٢٢٣.

(٤) انظر: عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٤٤. وابن فرحون. **التبصرة**، ج١ص٢٦٣. والقرافي، **الذخيرة**، ج١١ص٢٧. الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص٢٢٣.

(٥) انظر: عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٤٤. وابن فرحون. **التبصرة**، ج١ص٢٦٣. والقرافي، **الذخيرة**، ج١١ص٢٧. الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص٢٢٣.

الأول- السقوط، وهو الراجح عندهم، ويحلف لكل واحد يمينا[١].

الثاني- الاستعمال، صيانة للبينتين عن الإلغاء، وفي كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال: القسمة والوقف والقرعة[٢].

وذكر النووي في روضة الطالبين قولا عند الشافعية يقضي أن القولين السابقين: السقوط والاستعمال يأتيان إذا لم تتكاذب البينتان صريحا، فإن تكاذبتا صريحا سقطتا قطعا، ويقصد بالتكاذب الصريح الذي لا يمكن الجمع بتأويل، وذكر أن الأشهر هو الأول فقال في سياق هذا الحديث: "والأشهر طردهما في الحالين"[٣].

وفي قول آخر نقله: أن القولين يكونان إذا لم يمكن الجمع، فإن أمكن الجمع قسم قطعا[٤].

والذي يبدو أن التكاذب الصريح يمنع سماع البينة وقد مثل النووي لذلك بقوله: "...بأن شهدت إحداهما بقتله في وقت، والأخرى بجناية في ذلك الوقت"[٥]، فلا يمكن بحال أن يجيء هنا القول بالاستعمال الذي يستتبع القسمة أو الوقف أو القرعة، بل السقوط هو الأنسب.

وإذا كان المدعى بيدهما وشهدت بينة كل منهما بالكل فثمة قولان: الأول - يجيء القولان: السقوط، والاستعمال، قال به الفوراني والغزالي، فإن أسقطنا وهو الراجح عندهم بقي المال في أيديهما كما كان. وإن استعملنا تأتي القسمة، والقرعة فيها قولان، أما الوقف فلا عند من قال بهذا الرأي.

والثاني- يجعل المال بينهما لأن بينة كل واحد ترجحت في النصف الذي في يده، قال بهذا ابن الصباغ والبغوي[٦].

وواضح أن المدعى يبقى في يدهما على كلا القولين، وهو ما يعد عملا بالبينات المتعارضة قسمة، ولكن هذه القسمة بعضها جمعا وتوفيقا، وبعضها الآخر - وهو الأغلب – ليس كذلك، بل من باب ترك المدعى على حاله، يقول النووي معلقا على كلا القولين: "والحاصل للفتوى من الطريقين بقاء المال في يدهما كما كان"[٧].

---

(١) انظر: الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ص٣٦٣ وما بعدها. الشرواني، عبد الحميد وابن القاسم، أحمد العبادي. **حاشيتان على تحفة المحتاج للهيتمي**. دار الفكر، ج١٠ص٣٢٦. والشيرازي، **المهذب**، ج٢ص٤٣٤.

(٢) انظر: الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ص٣٦٣وما بعدها. والشرواني، وابن القاسم، **الحاشيتان**، ج١٠ ص٣٢٦. والشيرازي، **المهذب**، ج٢ص٤٣٤.

(٣) النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٣٥.

(٤) انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٣٥.

(٥) انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٣٥.

(٦) انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٣٥.

(٧) النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٣٦.

ومثل ما قيل هنا يقال إذا لم تكن العين بيد أحد، وصوره البعض بعقار ملقي في الطريق وليس المدعيان عنده[١].

ويشترط الشافعية حال كون المدعى بيدهما أن يعيد الأول بينته؛ لأن بينة صاحب اليد عندهم لا تسمع ابتداء، لأنه محتاج إلى البينة للنصف الذي يدعيه، فإذا أقام الثاني البينة على الكل سمعت وترجحت بينته في النصف الذي في يده، فيحتاج الأول إلى إعادة البينة للنصف الذي في يده[٢]، وذكر في الوسيط أن لا يبعد أن يتساهل في الإعادة[٣].

كما يشترطون إذا كانت العين بيد ثالث أن ينكرهما، أو أن يقر بها لهما جميعا، فلو أقر لأحدهما سلمت له في قول عندهم، والصحيح أنه لا يلتفت إلى إقراره؛ لأن البينتين اتفقتا على إزالة ملكه[٤].

كما لا تجيء القسمة عندهم في العقود، لأن قسمة العقد لا تصح[٥]، مثال ذلك ما جاء في المهذب: " وإن اختلف المتبايعان في قدر الثمن أو اختلف المتكاريان في قدر الأجرة أو في مدة الإجارة ...فإن كان لكل منهما بينة وكانتا مطلقتين أو مؤرختين تاريخا واحدا، أو أحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة فهما متعارضتان وفيهما قولان: أحدهما؛ أنهما يسقطان ويصير كما لو لم تكن بينة فيتحالفان على ما ذكرناه في البيع، والثاني؛ أنهما يستعملان فيقرع بينهما فمن خرجت له القرعة قضي له، ولا يجيء القول بالوقف، لأن العقود لا توقف، ولا يجيء القول بالقسمة لأنهما يتنازعان في عقد والعقد لا يمكن قسمته"[٦].

ويمكن أن نخرج عليه كل ما لا يمكن قسمته، ومثاله: النسب، والنكاح ونحوه.

والخلاصة: أن القسمة جمعا وتوفيقا بين الأدلة المتعارضة تجيء في إطار ضيق ضمن القول المرجوح في المذهب، أما القسمة بالنظر إلى ما يؤول إليه المدعى من اقتسام بين المتداعيين وليس هو جمعا وتوفيقا فالعمل بها أوسع ومجالها أشمل.

حالات القسمة عند الشافعية:

---

(١) انظر: الشرواني وابن القاسم، **الحاشيتان**، ج١٠ص٣٢٧.
(٢) انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٣٦. وزكريا الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٤ ص٤٠٧.
(٣) انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص ١٣٦.
(٤) انظر: الشيرازي. **المهذب**، ج٢ص٤٣٨. الماوردي. **الحاوي الكبير**، ج١٧ص٣٥١. ابن أبي الدم. **أدب القاضي**، ص٢٤٤. الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٤ص٤٠٧,٣. والرملي، **نهاية المحتاج**، ج٨ص٣٦١، والأسيوطي، محمد بن أحمد المنهاجي. **جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود**. بيروت: دار اليوسف، ص٦٥١.
(٥) ذكر ذلك الشيرازي في **المهذب**، ج٢ص٤٣٩. ونقله ابن أبي الدم عن الماوردي، انظر: ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص٢٤٠.
(٦) الشيرازي، **المهذب**، ج٢ص٤٣٩.

عرفنا أن القسمة جمعا بين طرق الإثبات المتعارضة تأتي في إطار القول المرجوح في المذهب، وكلا القولين الراجح والمرجوح يأتيان حال تحقق التعارض الذي انعدم معه المرجح حسب قواعدهم، وهذا في المشهور عندهم، ومن هنا فإن القسمة (الاستعمال) تجيء خيارا من خيارات إزالة التعارض بعد أن يقع، ويقع التعارض عندهم في الحالات التالية:

- إذا كانت العين بيدهما أو بيد ثالث، وأقاما على دعواهما بينتين مطلقتين، أو مؤرختين تاريخا واحدا، أو كان تاريخ إحداهما مطلقا والآخر مؤقتا(١).

وثمة قول عند الشافعية يقضي بالاستعمال إذا أطلقت البينتين ولم تؤرخا؛ لعدم تحقق التعارض(٢)، ومثاله ما لو ادعيا شراء عين بيد ثالث وأقاما بينتين مطلقتين، تستعملان على هذا القول، لإمكان الجمع، لاحتمال أن الأول ابتاعها ولم يقبضها، ثم ابتاعها الثاني ولم يعلم بالأول والتاريخ مختلف بينهما. والحق أنه لا يبعد عن ذلك حال كون إحداهما مؤرخة والأخرى مطلقة.

كما تأتي القسمة في قول عندهم إذا كان أحد التاريخين أسبق والعين بيد آخر، قاله البويطي، وأبو العباس ابن سريج؛ والعلة أن القصد إثبات الملك في الحال وهما متساويان في إثبات الملك في الحال، كما أن الشهادة بحديث الملك لم تنف بقديم الملك وان أثبتته الأخرى فصارتا متكافئتين(٣). والصحيح عندهم أن صاحبة الوقت المتقدم أولى(٤).

- وثمة حالات أخرى يحكم فيها بالتعارض ومن ثم يجيء القولان سآتي عليها في حينه من هذه الدراسة إن شاء الله تعالى.

هل يشترط الشافعية الحلف مع القسمة، فيه قولان(٥).

طريقة القسمة إذا تباين قدر المدعى بين المتداعيين:

باستقراء نصوص الشافعية في هذا الجانب نجد تفصيلا في طريقة القسمة يختلف بين أن يكون المدعى بيدهما أو بيد آخر، فلو كان بيدهما جعل بينهم بالقدر الذي في يد كل واحد منهم إن كان ما يدعيه زائدا عليه، ويعطى ما يدعي إن كان ما يدعيه لا يعارضه فيه احد، ومثاله ما

---

(١) انظر: الشيرازي، **المهذب**، ج٢ص٤٣٨. الماوردي، **الحاوي الكبير**. ج١٧ص٣٥١. الشرواني وابن القاسم، **حاشيتان على تحفة المحتاج**، ج١٠ص٣٢٦-٣٢٧. ابن أبي الدم. ص٢٣٨.
(٢) انظر: الشيرازي، **المهذب**، ج٢ص٤٣٨.
(٣) انظر: الشيرازي، **المهذب**، ج٢ص٤٣٥. والماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ص٣٤٦.
(٤) انظر: الشيرازي. **المهذب**. ج٢ص٤٣٥. الماوردي، **الحاوي الكبير**. ج١٧ص٣٥١.
(٥) انظر: الماوردي. **الحاوي الكبير**. ج١٧ص ٣٥١.

لو ادعى أحدهم النصف والآخر الثلث والثالث السدس أعطي كل واحد منهم ما ادعى؛ لأن يـده عليه ولا منازع له.

ومثال الأول ما لو ادعى أحدهما النصف والآخر الكل أعطي النصف لمدعيه والنصف الآخـر لمدعي الكل؛ لأن القول قول مدعي النصف فيما في يده.

أما لو كان المدعى بيد خارج فمنهجهم أن يقسم ما وقع فيه التعارض وهو ما سمي عنـد غيرهم القسمة على طريق التنازع[١] فمدعي النصف يتعارض مع مدعي الكل في النصف فقـط فيسلم النصف الآخر لمدعي الكل، وما وقع فيه التعارض وهو النصف فعلى قول السقوط يحلف المدعى عليه لكل منهما يمينا، وعلى قول الاستعمال يسلم النصف السالم من المنازع لمدعيه كما هو الحال في السقوط، ويقسم النصف الآخر بينهما لو قلنا بالقسمة[٢].

رابعا – القسمة عند الحنابلة:

لم يصرح الحنابلة باستعمال البينتين المتعارضتين قسمة كما هو الحال عند من قال بذلك من الفقهاء إلا ما جاء في بعض الروايات، فالقسمة في الراجح مـن مـذهبهم لا تكـون عمـلا بالبينات المتعارضة، وإنما تجيء بعد الحكم بتساقط البينتين المتعارضتين.

كما تجيء ترجيحا لبينة الخارج أو الداخل - على الخلاف عندهم - وذلك حـال كـون المتنازع فيه بأيديهما، فترجح بينة كل منهما بما في يد صاحبه على القول بترجيح بينة الخـارج، أو بما في يده على القول بترجيح بينة الداخل على خلاف بينهم نأتي علـى بيانـه فـي حينـه، والنتيجة هي اقتسام العين المدعاة بين المتنازعين، بصرف النظر عن الطريق المتبع في ذلك.

وتفصيل مذهبهم في هذه المسألة على النحو الآتي:

ذهب جمهور الحنابلة إلى القول بقسمة العين المدعاة إذا كان لكل من المتخاصمين بينـة بما يدعيه وتساوتا وكانت العين بيدهما[٣]، أما لو كانت بيد ثالث، أو بيد أحدهما، أو لا يد لأحـد

---

(١) ذكر صاحب كتاب تعارض البينات أن الشافعية يقولون بالقسمة على طريق عول الفرائض، والواقـع الذي تشير إليه نصوصهم وما ساقوه من أمثلة تدل على أنهم يقولون بالقسمة على طريق التنازع وليس العول، انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ ص١٣٨. الماوردي، **الحاوي الكبيـر**، ج١٧ص٣٧٤. والسبكي، تقي الدين بن عبد الكافي، (١٤١٢-١٩٩٢). **فتاوى الـسبكي**. (ط١). تحقيق حسام الـدين القدسي، بيروت: دار الجيل، ج٢٤٨٤.

(٢) انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ ص١٣٨. الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ص٣٧٤. والسبكي، **الفتاوى**، ج٢٤٨٤.

(٣) انظر: المرداوي. **الإنصاف**، ج١١ص٣٨٩.

عليها فلا قسمة في الراجح عندهم، وفي قول تقسم العين سواء كانت بيدهما، أو بيد ثالث لم يدعيها[١].

وفي قول ذكره أبو الخطاب جملته أن لا يصار إلى القسمة وإنما إلى القرعة، وهو في هذا لا يقول بالقسمة البتة.

ولكن هل تعد القسمة عندهم حال كون المدعى بيدي المتنازعين عملا بطرق الإثبات المتعارضة؟

الذي يبدو أنها ليست كذلك في الراجح من مذهبهم، ولكن ذكر صاحب الإنصاف قولا يقضي بأنها والحالة تلك تكون عملا بطرق الإثبات المتعارضة.

والذي يظهر أن البعض يرى ذلك استعمالا للطرق الإثبات المتعارضة، وقد فهم ذلك من خلال بحثهم لمسألة:

هل يحلف المتخاصمان بعد أن تتساوى بينتاهما ويقتسمان العين المدعاة أم لا؟

اختلف الحنابلة في ذلك على قولين:

الأول – لا يحلفان[٢]، ذكر في المغني أنه الأصح[٣].

الثاني – يحلفان[٤]، جاء في الإنصاف: أنه المذهب[٥].

فمن قال بالحلف نظر إلى أن البينتين لما تعارضتا ولا مرجح وجب إسقاطهما، وإذا سقطتا صار المتداعيان كمن لا بينة لهما فيحلف كل محكوم له منهما على النصف المحكوم له به.

ومن قال بعدم الحلف نظر إلى أن كل بينة راجحة في نصف العين المحكوم به، سواء رجحت بينة الخارج أم الداخل[٦].

ومن هنا يتضح لنا أن من أوجب الحلف كأنه أسقط البينتين، ومن قال بعدمه عمل بهما.

طريقة القسمة حال تباين قدر المدعى بين المتداعيين:

ثمة قولان عند الحنابلة في طريقة القسمة حال تباين قدر المدعى:

الأول – القسمة على طريق المنازعة، وهو المذهب[٧].

---

(١) انظر: المقدسي، شمس الدين أبو الفرج، ابن أخي صاحب المغني. **الشرح الكبير**، مطبوع مع المغني، ج١٢ ص١٩٧.
(٢) انظر: المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ص٣٨٩.
(٣) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ ص١٧٥.
(٤) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ ص١٧٥.
(٥) انظر: المرداوي، **الإنصاف**. ج١١ص٣٨٩.
(٦) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ ص١٧٥. المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ ص٣٨٩.
(٧) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ ص١٧٨.

الثاني – يسوى بين الخصمين في الاستحقاق لتساويهما في الحيازة[١]، ويبدو أن هذا القول عند من يرى القسمة بين الداخلين.

المطلب الثاني: الجمع والتوفيق قرعة:

مشروعية القرعة:

القرعة مشروعة في دين الله تعالى بنصوص الكتاب والسنة الصحيحة، وإجماع التابعين، وقد تحدث غير واحد من أهل العلم حول مشروعيتها[٢]، ومن هؤلاء الإمام ابن القيم، الذي أفرد للحديث عن القرعة فصلا مستقلا، قال فيه: **"**ومن طرق الأحكام الحكم بالقرعة**..."**[٣]، وذكر من الأدلة على مشروعيتها ما يدحض حجج المخالفين، ومنها:

قوله تعالى: **:** ﴿**ذَلِكَ مِنْ أَنبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ**﴾[٤]، يقول ابن القيم: **"** قال قتادة**:** كانت مريم ابنة إمامهم وسيدهم، فتشاح عليها بنو إسرائيل فاقترعوا عليها بسهامهم أيهم يكفلها فقرع زكريا وكان زوج أختها فضمها إليـــه**..."**[٥]**.**

وقوله تعالى: ﴿**وَإِنَّ يُونُسَ لَمِنَ الْمُرْسَلِينَ، إِذْ أَبَقَ إِلَى الْفُلْكِ الْمَشْحُونِ، فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ**﴾[٦]**.** فساهم**:** أي فقارع**.**

يقول ابن القيم: **"**فهذان نبيان كريمان استعملا القرعة، وقد احتج الأئمة الأربعة بشرع من قبلنا إن صح ذلك عنهم**"**[٧]**.**

---

(١) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ ص١٧٨.
(٢) من هؤلاء الإمام الشافعي في **الأم**، ج٨ص٣. والماوردي، (١٣٩٢-١٩٧٢). **أدب القاضي**. تحقيق محيي هلال السرحان، بغداد: مطبعة المعاني، ج٢ص١٩٥. والقرافي. **الفروق**، ج٤ص٢٥٤. وابن فرحون. **التبصرة**، ج٢ص ٩٧. وابن القيم. **الطرق الحكمية**، ص٢٨٥. ابن حزم، **المحلى**، ج٨ ص٥٣٧ - ٥٣٨.
(٣) ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٢٨٠.
(٤) سورة آل عمران آية ٤٤.
(٥) ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٢٨٠-٢٨١.
(٦) سورة الصافات، الآيات ١٣٩-١٤١.
(٧) ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٢٨٠-٢٨١.

ومن ذلك حديث الصحيحين عن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **"**لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه لاستهموا**"**[1]. وفي الصحيحين أيضا عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ كان إذا أراد سفرا أقرع بين أزواجه فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه[2].

وروي أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثا، ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة، وقال له قولا شديدا**"**[3].

وفي صحيح البخاري عن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ عرض على قوم اليمين فسارعوا إليه فأمر أن يسهم بينهم في اليمين أيهم يحلف[4].

وروي أيضا أن رجلين اختصما في متاع إلى النبي ﷺ وليس لواحد منهما بينة فقال: "استهما على اليمين ما كان، أحبا ذلك أو كرها"[5]. وعن عبد الله بن رافع - مولى أم سلمة - عن أم سلمة قالت أتى رسول الله ﷺ رجلان يختصمان في مواريث لهما لم يكن لهما بينة إلا دعواهما فقال: "إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو مما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه بشيء فلا يأخذ منه شيئا فإنما أقطع له قطعة من النار"، فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما حقي لك، فقال النبي ﷺ: "أما إذا فعلتما ما فعلتما فاقتسما وتوخيا الحق ثم استهما ثم تحالا"[6].

---

(1) رواه البخاري. **الصحيح**، باب الاستهام في الأذان، ج١ص٢٢٢، رقم(٥٩٠). ومسلم. **الصحيح**، باب تسوية الصفوف وفضل الصف الأول فالأول، ص٣٢٥، رقم (٤٣٧).

(2) رواه البخاري. **الصحيح**، باب حمل الرجل امرأته في الغزو دون بعض نسائه، ج٣ص١٠٥٥، رقم: (٢٧٢٣). مسلم، **الصحيح**، باب في حديث الإفك وقبوله توبة القاذف، (٢٧٧٠)، ص٢١٢٩. الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمن، (١٤٠٧-١٩٨٧). **السنن**. (ط١). تحقيق: فواز زمرلي، وخالد العلمي، القاهرة: دار الريان، وبيروت: دار الكتاب العربي. ج٢١٩٤.

(3) رواه مسلم في **الصحيح**، كتاب الإيمان، باب من أعتق شركا له في عبد، (١٦٦٨)، ص١٢٨٨.

(4) البخاري. الصحيح. باب إذا تسارع قوم في اليمين، (٢٥٢٩)، ج٢ص٩٥٠.

(5) رواه أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني. في **السنن**. بيروت: دار الفكر، باب الرجلين يدعيان شيئا وليست لهما بينة، (٣٦١٦)، ج٣ص٣١١. والبهقي في **السنن الكبرى**، باب الرجلان يتداعيان جدارا بين داريهما، (١١١٤٧)، ج٦ص٦٧.

(6) رواه البخاري في **صحيحه**، باب موعظة الإمام للخصوم، ج٦ص٢٦٢٢، رقم (٦٧٤٨). إلى قوله: فإنما أقطع له قطعة من النار. وليس فيه فبكى الرجلان...إلى آخره. وإنما جاءت الزيادة عند أبي داود في **السنن**، باب في قضاء القاضي إذا أخطأ، ج٣ص٣٠١، رقم (٣٥٨٤). والحديث رواه أحمد في **مسنده** من حديث أم سلمة، ج٦ص٢٠٣، (٢٥٧١١). وابن حبان في **صحيحه**، من حديث أبي هريرة، ج١١ص٤٦١، (٥٠٧١). وأبو المحاسن، يوسف بن موسى الحنفي. **معتصر المختصر**. بيروت: عالم الكتب، والقاهرة: مكتبة المتنبي، باب التحلل من الدعاوى، ج٢ص١٠. وابن الجارود، عبد الله بن علي، (١٤٠٨-١٩٨٨). **المنتقى**. (ط١). تحقيق: عبد الله البارودي، بيروت: مؤسسة الكتاب الثقافية، ص٢٥٠، رقم(٩٩٩).

جميع هذه النصوص تدل دلالة واضحة على مشروعية القرعة، وفوق ذلك فهو إجماع التابعين كما ذكر القرافي في الفروق، قال: " ...الثالث: إجماع التابعين رضي الله عنهم على ذلك، قاله عمر بن عبد العزيز، وخارجة بن زيد وأبان بن عثمان، وابن سيرين وغيرهم، ولم يخالفهم من عصرهم أحد"[١].

ومن المعقول، أن الحاجة داعية إليها، فقد لا نجد عن العمل بها بدا، فيكون فيها الخلاص، ولا يكون منها مناص.

ومن المعقول كذلك القياس على قسمة الأرض، فقد أجاز الحنفية[٢] القرعة فيها فيثبت قياسا عليه[٣].

فإذا كانت القرعة كما قدمت من جهة المشروعية، فلماذا رفضها البعض، وكيف تأولوا هذه النصوص؟

الواقع أنه لم يخالف في أصل مشروعيتها أحد، بل جميعهم متفق على ذلك، ولكن البعض يرى أن هذه المشروعية نسخت، وهؤلاء هم فقهاء الحنفية، كما أن من الفقهاء من منع العمل بها بين الأدلة المتعارضة جمعا وتوفيقا، مع إقراره بجواز العمل بها في غير ذلك، وإليك تفصيل ذلك:

دعوى النسخ وكيف أجاب عنها الفقهاء:

ذهب فقهاء الحنفية إلى القول بأن القرعة نسخت بقوله تعالى: **﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾**[٤]. فهي – كما يقولون – كانت

---

(١) القرافي. **الفروق**، ج٤ص٢٥٤.

(٢) وهم الذين منعوا العمل بها – أي القرعة - وعدوها قمارا، ومع ذلك فقد أجازوها في القسمة بين المقتسمين، أو في تحديد من يبدأ بالحلف إذا تزاحم عليه الخصمان، أو تباطآ، انظر: الحسام الشهيد. **أدب القاضي**، ص٣٥٩. السروجي، أحمد بن إبراهيم، (١٤١٨هـ-١٩٩٧م). **أدب القاضي**. (ط١). تحقيق: صدقي بن محمد ياسين، بيروت: دار البشائر الإسلامية، ص٤٠٠. قاضي زاده. **تكملة فتح القدير**، ج٨ص٢٤٦. الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي، **أحكام القرآن**، دار الفكر، ج٢ص٦٥٤.

(٣) القرافي، **الفروق**، ج٤ص٢٤٥.

(٤) المائدة، آية ٩٠.

مشروعة في بداية الإسلام عندما كان القمار مباحا، لكن ذلك الحكم نسخ بحرمة القمار في الآية السابقة، فإن القمار لم يكن حراما في شريعة من قبلنا، وصار حراما في شريعتنا[١].

واضح أن الحنفية يوافقون الجمهور في أصل مشروعية القرعة، وإنما ارتفع بالنسخ بعد ذلك، لذلك ندر اعتراضهم على ما استدل به الجمهور من السنة الصحيحة؛ لأن القول بالنسخ إذا ثبت ألغى العمل بالصحيح وغيره.

وقد أجاب الفقهاء على دعوى النسخ هذه، ونقل ابن القيم نصوصا كثيرة عن بعض العلماء في رد هذا القول، ومن ذلك ما جاء عن أبي عبد الله[٢]: "من ادعى أنها منسوخة فقد كذب وقال الزور، والقرعة سنة الرسول..."[٣]. وجاء في موطن آخر: " هؤلاء - يقصد من قال إنها قمار – قوم جهلوا، فيها عن النبي خمس سنن... يتكلمون في القرعة وقد ذكرها الله تعالى في موضعين من كتابه"[٤]. وقال أبو عبد الله: " القرعة حكم رسول الله وقضاؤه فمن رد القرعة فقد رد على رسول الله قضاءه وفعله..."[٥].

ونقل عن عبد الله بن الزبير الحميدي: "من قال بغير القرعة فقد خالف رسول الله في سنته التي قضى بها أصحابه بعده"[٦].

وجاء عن أبي عبيد القاسم بن سلام قوله: "أرى أنها من أمر النبوة"[٧] مستدلا بقوله تعالى: ﴿إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ﴾ وقوله: ﴿فَسَاهَمَ﴾[٨].

كل ذلك يدلل على أن النسخ لم يثبت، بل أستطيع القول: إنه قول مردود بعمل الصحابة بعد وفاة النبي ﷺ وعمل التابعين، وقد نقلنا الإجماع عن التابعين في ذلك، ولو سلمنا عدم انعقاده، لا نسلم لهم بأن هؤلاء الذين أثر عنهم العمل بالقرعة، ونسب إليهم هذا الإجماع كانوا عن آخرهم على غير علم بالنسخ وهم من هم فقها وعلما وورعا، فلا يصح القول: إن ذلك خفي عليهم جميعا.

---

(١) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ص٤٢ وما بعدها. ابن الهمام، **فتح القدير**، ج٨ص٢٤٦. الحسام الشهيد، **شرح أدب القاضي**، ص٣٥٧.
(٢) أحمد بن حنبل.
(٣) ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٢٨٣.
(٤) ابن القيم. **الطرق الحكمية**، ص٢٨٣.
(٥) ابن القيم. **الطرق الحكمية**، ص٢٨٣.
(٦) ابن القيم. **الطرق الحكمية**، ص٢٨٣.
(٧) ابن القيم. **الطرق الحكمية**، ص٢٨٤.
(٨) ابن القيم. **الطرق الحكمية**، ص٢٨٣.

ثم لا نسلم لهم أن القرعة من القمار المحرم؛ لأن بها يعطى الحق لمستحقه، فلو انفرد لكان أولى الناس به، لقيام دعواه وبينته عليه، وإنما أقرعنا بينهما لما تكافأت بينتاهما ولم نعلم مرجحا، أما القمار فيعطى فيه الحق لغير مستحقه، وعليه فالقرعة تقديم أحد المستحقين على الآخر لما استويا بينة، فيأخذ القارع ما استحقه ابتداء لو انفرد ولم ينازعه أحد. أما القمار فهو تقديم من لا حق له أصلا.

ثم إن كانت القرعة قمارا، فلا يحل القول بها أبدا؛ وقد علمنا أن فقهاء الحنفية عملوا بها في القسمة، فلو اقتسموا أرضا أقرع بينهم ويكون لكل واحد منهما ما أصابه منها، يجبر عليه.

فما سبق يبين أن دعوى النسخ مردودة، بل لا يحق أن نصف ما أجازه الله في حق أنبيائه السابقين، وذكره في كتابه، وما أجازه في حق نبيه محمد ﷺ وثبت في سنته الصحيحة قمارا، والله تعالى يصف القمار بأنها رجس من عمل الشيطان، فهذا مما لا يستقيم.

موطن العمل بالقرعة عند الفقهاء:

عرفنا أن جمهور الحنفية لا ينكرون العمل بالقرعة بالكلية، وإن لم يقولوا بها جمعا بين الأدلة المتعارضة، يقول الجصاص: "والقرعة في الحقوق تنقسم إلى معنيين:

أحدهما: تطييب النفوس من غير إحقاق واحد من المقترعين ولا بخس حظ مما اقترعوا عليه، مثل القرعة في القسمة وفي قسم النساء وفي تقديم الخصوم إلى القاضي.

والثاني: مما ادعاه مخالفونا في القرعة بين عبيد اعتقهم المريض ولا مال له غيرهم، فقول مخالفينا هنا من جنس الميسر المحظور بنص الكتاب..."[١].

فهذا موطن القرعة عند هؤلاء، وهي – كما هو واضح – ليست جمعا بين الأدلة المتعارضة.

أما فقهاء المالكية فالقرعة عندهم تأتي جمعا بين الأدلة المتعارضة، كما تأتي في غير ذلك، وهم لا يزيدون على أن يشترطوا تحقق شرطين:

الأول – تساوي الحقوق والمصالح.

الثاني – الرضا بما جرت به الأقدار[٢].

وقد علمنا مما سبق أنهم يضيقون في العمل بالقسمة جمعا بين الأدلة المتعارضة، بل إن القول بها هو قول مرجوح في المذهب.

---

(١) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج٢ص٦٥٣.
(٢) يراجع القرافي، **الفروق**، ج٤ص٢٥٣.

أما فقهاء الشافعية فالقرعة عندهم تعد نظير القسمة، إذا ما روعيت الشروط الطلوبة في كل منهما، بيانه: ما لو تعارضت بينتان فالراجح عندهم السقوط، وقيل تستعملان، ويكون الاستعمال: إما قسمة أو قرعة أو توقفا، فتجيء القرعة في هذا الإطار، هذا إذا كانت العين بيد ثالث، أما إذا كانت بأيديهما أو بغير يد أحد فعلى القول بالاستعمال تجيء القسمة، وفي القرعة قولان[١].

أما فقهاء الحنابلة فالقرعة عندهم تأتي إذا كانت العين بيد ثالث لا ينازع فيها، أما إذا كانت العين بيدهما فلا تجيء القرعة في الراجح من مذهبهم، وفي رواية ذكرها أبو الخطاب أنها تأتي[٢]، أما القسمة فهذا موطنها (أي بين الداخلين)، وتأتي بين الخارجين في قول مرجوح عندهم، كما تجيء القرعة إذا لم تكن العين بيد أحد، وفي قول تقسم بينهما[٣].

وممن قال بالقرعة الإمام ابن حزم الظاهري، ولكن القرعة عنده ليست جمعا بين الأدلة المتعارضة، بل لا يجيء القول بها إذا وجدت الأدلة، وإنما إذا عدمت، فإذا ادعيا وليس لواحد منهما بينة، ولم تكن العين بيدهما أو بيد أحدهما أو بيد أحد غيرهما، عندها تكون القرعة إذا ما قطع أن المدعى ليس لهما جميعا[٤].

اتجاهات الفقهاء في الجمع قرعةً، ومناقشتها:

الاتجاه الأول – يقضي بجواز الجمع بين طرق الإثبات المتعارضة قرعة، قال به جمهور الفقهاء: المالكية[٥]، والشافعية في قول[٦]، والحنابلة[٧].

استدل هؤلاء بما سبق ذكره من نصوص، والتي منها حديث الرجلين اللذين اختصما إلى النبي ﷺ في متاع ليس لواحد منهما بينة فأمرهما أن يستهما على اليمين ما كان أحبا ذلك أو كرها"[٨].

وحديث الرجلين اللذين اختصما إلى النبي ﷺ في أمر فجاء كل واحد منهما بشهود عدول فأسهم بينهم النبي ﷺ وقال: اللهم أنت تقضي بينهم، فقضى للذي خرج له السهم"[١].

---

(١) انظر: النووي. **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٣٥.
(٢) ابن قدامة. **المغني**، ج١٢ص١٧٥.
(٣) انظر: البهوتي. **كشاف القناع**، ج٦ ص٤٩٨-٤٩٩. وابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٧٨.
(٤) ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٥٣٨.
(٥) انظر: القرافي. **الفروق**، ج٤ص٢٥٣. وابن فرحون، **التبصرة**، ج٢ص
(٦) انظر: الشيرازي. **المهذب**، ج٢ص٤٣٥. الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ص٣٤٧. ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص٢٣٨.
(٧) انظر: البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٤٩٤. ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٧٨. المقدسي، **الشرح الكبير**. مطبوع مع المغني، ج١٢ص١٩٦ .ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٢٨٠. المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ص٣٩٠.
(٨) سبق تخريجه.

فهؤلاء أبقوا العمل بالقرعة على أصل المشروعية، ولكن ذلك ليس على إطلاقــه، بــل مقيد بشروط، هي:

أولا- الاستواء في الحقوق والمصالح، فإذا تعينت الحقوق أو المصالح فــي جهــة فــلا يجوز الإقراع؛ لأن في القرعة ضياع ذلك الحق المتعين أو المصلحة المتعينة، ومتــى تــساوت الحقوق أو المصالح فهذا هو موطن القرعة عند التنازع دفعا للضغائن والأحقاد[٢]، جاء في الأم: "... فلا تكون القرعة – والله أعلم – إلا بين قوم متساوين في الحجة"[٣].

ثانيا – أن يكون المتنازع فيه مما يتم الرضا بانتقاله بما جرت به القرعة[٤].

وثمة خلاف بين الفقهاء فيما يقع الرضا بانتقاله بها، فالأبضاع مــثلا موضــع خــلاف، وكذلك الطلاق، لو طلق امرأة من نسائه لا يدري أيتهن هي[٥]، وفي الجملة فإن الفقهاء متفقــون على أشياء تجري فيها القرعة، مثل المال وما يقصد به المال، وأشــياء كانــت بيــنهم موضــع خلاف، بعضهم توسع وبعضهم ضيق وهكذا.

الاتجاه الثاني – يقضي بعدم جواز الجمع بين طرق الإثبات المتعارضة قرعة، قال بــه الحنفية[٦]، والشافعية في قول اختاره العز بن عبد السلام[٧].

أما الحنفية فتقدم أنهم يقولون بأن القرعة منسوخة، وعليه فإنهم منعوا العمــل بهــا بــين الأدلة المتعارضة وغيرها، واستثنوا من ذلك ما جاءت القرعة فيه تطييبا للنفوس، مثل القــسمة، وعللوا ذلك بأن للقاضي في القسمة ولاية التعيين من غير قرعة، وإنما يقــرع تطييبــا لقلــوب الخصوم، ونفيا لتهمة الميل عن نفسه[٨].

---

(١) حديث مرسل، انظر: الزيلعي، **نصب الراية**، ج٤ص١٠٨، قال: "تفرد به أبو مصعب، ورواه أبو داود في مراسيله" وقال: "ذكره عبد الحق في أحكامه وقال: هذا مرسل ضعيف". وأبا المحاسن، **معتــصر المختصر**، ج٢ص٢٤، قال: "...حديث منقطع عن سعيد بن المسيب". وقال فيــه الألبــاني: "مرســل صحيح". انظر: الألباني، **إرواء الغليــل**. كتاب الأنكحة الكافرة، باب الدعاوى والبينات، ج٨ص٢٧٨، رقم (٢٦٥٦).

(٢) القرافي، **الفروق**، ج٤ص٢٥٣.

(٣) الشافعي، **الأم**، ج٨ص٣.

(٤) انظر: القرافي، **الفروق**، ج٤ص٢٥٣، معه المكي، محمد علي بن حسين، **تهذيب الفروق**. وابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٢٨٦ وما بعدها.

(٥) فالشافعية لا تجيء القرعة عندهم في الأبضاع، ولا تجيء عند المالكية كذلك، كما لا تجيء عند هؤلاء في مسالة الطلاق المبينة أعلاه، للمزيد يراجع: القرافي، **الفروق**، ج٤ص٢٥٣، معه المكي، محمد علي بن حسين، **تهذيب الفروق**. النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٣٥. وابن القيم، **الطــرق الحكميــة**، ص٢٨٦ وما بعدها.

(٦) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ص٤٢. الجصاص، **أحكام القرآن**، ج٢ص٦٥٣.

(٧) العز بن عبد السلام. **القواعد الكبرى**، ج٢ص١٠٢.

(٨) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ص٤٢. الجصاص، **أحكام القرآن**، ج٢ص٦٥٣.

وأما الشافعية في الراجح من مذهبهم إلى عدم جواز القرعة جمعا بين الأدلة المتعارضة، وإنما الراجح عندهم سقوط البينتين المتعارضتين، ورجح هذا القول الإمام العز بن عبد السلام مستدلا بأن القرعة ليست سبيلا للترجيح، ولا يتوصل بها القارع إلى رجحان أحدهما، وإذا لم يرجح أحدهما حكمنا بالشك والحكم بالشك غير جائز[١]. وقال: "... والقرعة في الشرع لتعيين أحد المتساويين، وههنا لا يعين رجحانه، والشك بعد وجودها مثله قبل وجودها، إذ لم تفد رجحانا في الظن ولا بيانا فيه"[٢].

ومما استدل به هؤلاء (المانعون) ما روي عن بعض الصحابة رضوان الله عليهم من آثار منها ما جاء عن عمر وعلي رضي الله عنهما في رجلين تنازعا في ولد؛ أنهما قضيا بأنه بينهما ولم يستعملا القرعة فيه، يقول صاحب المبسوط معلقا: "وقد كان علي ﷺاستعمل القرعة في مثل هذه الحادثة واليمين في عهد رسول الله ﷺ فدل أنه عَرَفَ انتساخ ذلك الحكم بحرمة القمار"[٣].

وأما ما جاء عن الصحابة من آثار تبيح العمل بالقرعة فقد أولوا ذلك إما بالتشاح على اليمين – أي أنه إذا اختلف الخصمان على البدء باليمين أقرع بينهما – وإما بما كانت القرعة فيه تطييبا للنفوس، مثل القرعة في القسمة[٤].

وفي التدليل على أن القرعة في التوفيق بين طرق الإثبات المتعارضة تعد من القمار المحرم يقول صاحب نتائج الأفكار: "...لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء، فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق، بخلاف قسمة المال المشترك؛ لأن للقاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة، وإنما يقرع تطييبا للقلوب، ونفيا لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار"[٥].

هذا فضلا عن أنه لم يرد فيما استدلوا به من نصوص ما يجيز العمل بالقرعة بين المتخاصمين إذا تساوت بيناتهما، والحديث الذي جاء في ذلك نص على أنه لم يكن لواحد منهما بينة، وليس هو موضع النزاع هنا على الأقل.

---

(١) العز بن عبد السلام. **القواعد الكبرى**، ج٢ص١٠٢.
(٢) العز بن عبد السلام. **القواعد الكبرى**، ج٢ص١٠٢.
(٣) انظر: السرخسي. **المبسوط**، ج١٧ص٤٢. وأبا المحاسن، **معتصر المختصر**، ج٢ص٢٤.
(٤) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ص٤٢-٤٣. الحسام الشهيد، **شرح أدب القاضي**، ص٣٥٧. الجصاص، **أحكام القرآن**. ج٢ص٦٥٤.
(٥) قاضي زاده، **تكملة فتح القدير**، ج٨ص٢٤٦. والعبارة موجودة في المبسوط، ويبدو أنها مأخوذة منه. انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ ص٤٢.

وقد أجابوا عن الآثار المروية عن بعض الصحابة والتابعين في ذلك، لأنهم لو أقروا بذلك لما كان للقول بالنسخ معنى، فتأولوا بعض هذه الآثار، وردوا بعضها الآخر[١].

ويمكن أن يرد عليهم بأن حديث الاستهام على الصف الأول، والأذان ليس حديث مقام فينتهي حكمه بالنسخ، وإنما هو ترغيب في ما نص عليه وجاء من أجله، ولا ينبغي الترغيب بما حرم الله تعالى ووصفه بالرجس وأنه من عمل الشيطان.

ويجاب عن هذا بأن القرعة هنا جاءت في موطن لم يخالف فيه المانعون لها عملا بين الأدلة المتعارضة.

ويجاب عنه بأن القرعة تجيء عند تكافؤ البينات، وليست هي سبيلا للترجيح بينهما، وإنما دورها أن تحسم النزاع، عندما لا يوجد غيرها إلى ذلك سبيلا.

والذي ترتضيه النفس أن القرعة جائزة في دين الله، ولكن لا أرى العمل بها في طرق الإثبات المتعارضة، لأن إحدى البينتين كاذبة، ولا نعلمها، وفي القرعة تتساوى فرص الفوز بين الكاذبة والصادقة منها، فإن أقرع بالعين لغير مستحقها صارت له بها حقا، وهو في واقع الأمر أبعد ما يكون عن ذلك، وتوصف الأخرى بأنها كاذبة، وهي حقيقة غير ذلك.

وليس فيما استدل به الأولون ما يجيز العمل بها جمعا بين الأدلة المتعارضة، وإن كان فيه ما يدل على جواز العمل بها بشكل عام، والحديث الذي جاء في ذلك مرسل، والمرسل من أقسام الضعيف، فلا تقوم به حجة.

هل يحلف مع القرعة؟

اختلف الفقهاء في ذلك، فالجمهور ممن أجازوا القرعة يرون التحليف على من أقرع له، وكأنهم نظروا إلى أن البينتين لما تكافأتا سقطتا، وإذا عدمت البينة يصار إلى اليمين لأنه لا يقضى بدونه، فيكون على القارع منهما اليمين[٢].

وذهب الشافعية في قول[٣]، والحنابلة في قول ذكره أبو الخطاب[٤] إلى عدم الحلف، وهؤلاء جعلوا القرعة مرجحة لبينة القارع[٥]، وكأنهم نظروا إلى أن كل واحد منهما مستحق

---

(١) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ص٤٢-٤٣. الحسام الشهيد، **شرح أدب القاضي**، ص٣٥٧. الجصاص، **أحكام القرآن**. ج٢ص٦٥٤.

(٢) انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٣٥. الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ص٣٥٢. ابن أبي الدم، ص٢٣٩. البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٤٩٤. المقدسي، **الشرح الكبير**، ج١٢ص١٩٧.

(٣) انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٣٥. والماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ص٣٥٢. ابن أبي الدم، ص٢٣٩.

(٤) ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٧٥. معه المقدسي، **الشرح الكبير**، ج١٢ص١٩٧.

(٥) انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٣٥. الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ص٣٥٢.

للمدعى ببينته لو انفرد، وإنما جاءت القرعة لما تكافأت بينتاهما، فأخرجت إحداهما وأبقت الأخرى ومع بقاء إحداهما يعمل بها دون يمين.

فالأولون أقرعوا بين شخصين تعادلت بينتاهما، فجعلتا كأنهما غير موجودتين، والآخرون قرعوا بين بينتين ترجحت إحداهما بالقرعة.

المطلب الثالث: الجمع عن طريق التوقف:

ذهب فريق من أهل العلم إلى اعتبار التوقف وجها من أوجه الجمع بين طرق الإثبات المتعارضة، ولعل حجتهم في ذلك: أن العمل به - أي التوقف - إنما يأتي نتيجة اعتبارهما، فالطريقان المتعارضان محل اعتبار، ولو استقل كل طريق منهما عن المعارض لكان الأخذ به واجب، ولكن لما وجد المعارض توقفنا اعتبارا لكليهما، وتفصيل أقوال الفقهاء في مسألة التوقف هذه على النحو الآتي:

اختلف الفقهاء في التوقف جمعا بين طرق الإثبات المتعارضة؛ فمنهم المجيزون، وكثير منهم مانعون.

فممن قال بالجواز: الإمام مالك في رواية عنه[١]، والشافعية في قول[٢]، وبعض فقهاء الحنابلة[٣]، وهو مروي عن أبي ثور[٤].

أما المالكية فمن قال به منهم جعله فيما لا يفسده الوقف، فلو كان مما يفسد وأمكن بيعه بيع ووقف ثمنه، وإلا فلا[٥]، كما اشترطوا أن لا يكون بيد واحد منهما، يقول صاحب التاج والإكليل: "وقال ابن القاسم عن مالك: كل ما تكافأت فيه بينتان وليس بيد واحد منهما ولا يخاف عليه مثل الدور والأرضين يترك حتى يأتي أحدهما بأعدل مما أتى به صاحبه إلا أن يطول الزمان ولا يأتيا بغير ما أتيا به، فإنه يقسم بينهما؛ لأن وقف ذلك يصير إلى الضرر"[٦].

أما فقهاء الشافعية فجعلوه وجها من أوجه الاستعمال للبينات المتعارضة، فمتى وقع التعارض جاء القول بالوقف عند من قال به منهم، هذا إذا كانت العين بيد ثالث، أما لو كانت بيدهما فلا يجيء القول بالوقف عندهم[٧].

---

(١) يراجع: مالك، **المدونة**، ج٤ص١٢و٤٣وما بعدها. القرافي، **الذخيرة**، ج١١ص٢٣.
(٢) انظر: الشيرازي، **المهذب**، ج٢ص٤٣٥. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨٠.
(٣) انظر: المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ص٣٩٨. ابن قدامة. **المغني**، ج١٢ص
(٤) انظر: ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٣١٧.
(٥) يراجع: مالك، **المدونة**، ج٤ص١٢و٤٣وما بعدها، القرافي، **الذخيرة**، ج١١ص٢٣.
(٦) المواق، **محمد بن يوسف العبدري**. **التاج والإكليل**. دار الكتب العلمية، ج٨ص٢٥٩.
(٧) النووي. **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٣٥.

كما يجيء القول بالوقف عندهم إذا أقر صاحب العين لأحدهما بعدما أقاما البينتين، ولا يجيء والحالة تلك القول بالقسمة وكذا القرعة في الصحيح من مذهبهم[١].

كما لا يجيء الوقف في العقود، وعللوا ذلك بأن العقود لا توقف[٢].

أما الحنابلة فمن توقف منهم لم يكن إلا من باب التثبت في البينات بقرينة ونحوه، وهم يقولون به حال تيقن صدق إحدى البينتين وكذب الأخرى، جاء في الفروع نقلا عن عيون المسائل: "إن تداعيا عينا بيد ثالث وأقام كل واحد البينة أنها له سقطتا، واستهما على من يحلف وتكون العين له، والثانية: يقف الحكم حتى يأتيا بأمر بين، قال: لأن إحداهما كاذبة فسقطتا، كما لو ادعيا زوجية امرأة وأقام كل واحد البينة وليست بيد أحدهما فإنهما يسقطان"[٣]. ومثل ذلك جاء في الإنصاف[٤].

وجاء في الإنصاف إن التوقف يكون واجبا إذا طعن الخصم في الشهادة[٥].

والذي يبدو - والله أعلم - أن موقف كثير من الفقهاء الذين قالوا بالتوقف لم يكن على اعتبار أنه حكم شرعي يأتي نظير القسمة أو القرعة، وإنما هو من باب الاستيناء في إخراج الحكم حتى تظهر أمارة مرجحة، أو أي أمر ينهي حالة التوقف هذه، وهذا واضح عند الإمام مالك والحنابلة.

أدلة المجيزين:

وقد استدل المجيزون بأن إحدى البينتين صادقة والأخرى كاذبة، ويرجى معرفة الصادقة فوجب التوقف[٦].

كما استدلوا بأن استواء البينتين من كل وجه ينفي احتمال الظن بصدق إحداهما، ومع انتفاء الظن بصدق إحداهما وجب التوقف في الحكم، فالحكم إنما مستنده علم أو اعتقاد أو ظن، ومع وجود التعارض المطبق ينتفي الظن، ويجب التوقف[٧].

كما أن الحاكم لا يحكم إلا بسالم عن المعارض ولم يوجد[٨].

أدلة المانعين:

---

(١) النووي. **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٣٥.
(٢) الشيرازي، **المهذب**، ج٢ص٤٣٨.
(٣) ابن مفلح، محمد بن مفلح المقدسي. **الفروع**. عالم الكتب، ج٦ص٥٣٨.
(٤) المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ص٣٩٠.
(٥) المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ص٢٨٧.
(٦) المطيعي، محمد نجيب، (١٤٢٣-٢٠٠٢). **تكملة المجموع**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، ج٢٦ص٧٠١. ابن مفلح، **الفروع**، ج٦ص٥٣٨.
(٧) انظر: العز بن عبد السلام، **قواعد الأحكام**، ج٢ص١٠١.
(٨) انظر: القرافي، **الذخيرة**، ج١١ص٢٤. ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٣١٧.

ذكرنا أن أكثر أهل العلم قالوا بعدم التوقف[١]، وقد كان من أدلتهم:

ما جاء عن النبي ﷺ وعن صحابته من بعده من نصوص تشير إلى عدم توقفهم إذا ما تعارض بين أيديهم دليلان، بل كانوا يعملونهما قسمة، أو قرعة[٢]، ومن ذلك ما جاء في رجلين تنازعا شيئا، وأقام كل واحد منهما بينة فجعله النبي ﷺ بينهما نصفين[٣].

واستدلوا بالقياس على الخبرين المتعارضين حيث أن تعارضهما لا يوجب التوقف بل إذا تعذر الترجيح أسقطناهما ورجعنا إلى دليل غيرهما[٤].

وأجابوا على أدلة المجيزين بأنه ليس دائما يفترض كذب إحدى البينتين بيقين فلربما اعتمد أحد الدليلين سببا واعتمد الآخر سببا غيره، جاء في تكملة فتح القدير: "ولا نسلم لهم كذب إحداهما بيقين؛ لأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود، فإن صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لأن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بأن رآه يشتري فشهد على ذلك، والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين"[٥].

وقد يجاب على هذا الرد بأن التوقف هو السبيل الوحيد لمعرفة صدق إحداهما فيما شهدا عليه، فالحق واحد، وهما وإن شهدا .

كما أن في إيقاف الحكم تعطيلا للقضاء، وإضرارا بصاحب الحق من إيصاله حقه، وإرضاء للمعتدي بحرمان الآخر من حقه أو بعضه.

الرأي المختار:

والذي أميل إليه هو اختيار العز بن عبد السلام أن التوقف أقرب من سواه إلى العدالة، فالقسمة ساوت من لا حق له بمن الحق كله له، والقرعة قد تعطي الحق لغير مستحقه، ولكن التوقف المحكوم بضوابط وشروط - سأفصل الحديث فيها فيما يأتي - والتي منها أن يترك للقاضي أمر تقديره وفقا لما بين يديه من أدلة وبراهين فإن رأى الوقف توقف، وإلا فلا.. أدعى إلى تحقيق العدالة المنشودة والله أعلم بالصواب.

---

(١) يراجع: مالك، **المدونة**، ج٤ص١٢و٤٣وما بعدها. القرافي، **الذخيرة**، ج١١ص٢٣. الشيرازي، **المهذب**، ج٢ص٤٣٤. المطيعي، **تكملة المجموع**، ج٢٦ص٧٠١. ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٣١٧. ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٥٣٨.

(٢) يراجع: مالك، **المدونة**، ج٤ص١٢و٤٣ وما بعدها. القرافي، **الذخيرة**، ج١١ص٢٣.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) انظر: ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٣١٧.

(٥) قاضي زاده، **تكملة فتح القدير**، ج٨ص٢٤٦.

وقد يجاب عما استدل به المانعون بأن ما نختاره أن يجعل التوقف آخـر المطـاف، ولا يصار إليه إلا عند انسداد سبل العمل الأخرى.

القول المختار في المسائل السابقة الثلاث (القسمة، والقرعة، والتوقف):

رأينا أن المسائل السابقة الثلاث: القسمة، والقرعة، والتوقف - والتي كانت ضمن مبحث العمل بالأدلة المتعارضة من بعض الوجوه دون بعض - تتوافد - في الجملة - على محل واحد هو حال كون المدعى بيدهما، أو بيد غيرهما، أو بغير يد أحد، ومن هنا فقد رأيـت أن أرجـئ القول فيها إلى ما بعد إتمام الحديث عنها، وبيانه فيما يأتي:

- أرى أن تقسم العين بين المتداعيين إذا كانت بأيديهما، والقسمة هنا موطن اتفاق كما سبق ذكره، وإن كانت عند البعض من باب الترجيح لبينة الداخل أو الخارج علـى الخـلاف المبين في موطنه، ولكن النتيجة هي اقتسام العين المدعاة، وعليها يحمل قسمة النبـي ﷺ للبعير بين المتخاصمين، وكذلك بقية النصوص الأخرى الواردة في هذا الشأن.
- أما إذا كان المدعى بغير يد أحد فالذي أميل إليه أن تعرض عليهما القسمة فإن قبلا قسم بينهما، وإن رفضا، أو رفض أحدهما، فإن رجا القاضي ظهور أدلة جديدة تـرجح بينـة أحدهما، أو رجا اصطلاحهما على القسمة أوقف الحكم، فإن أيس من ذلك أسقط البينـات وتحالفا، فإن حلفا قسم بينهما، وإن نكل أحدهما كان للآخر بيمينه، وإن نكلا جميعا أوقف الحكم حتى يحلفا أو أحدهما، أو يصطلحا على القسمة، أو حتى ظهور ما يـرجح بينـة أحدهما، فعندها يعاد اعتبارها ويحكم بها، وإنما أسقطناها بسبب التعارض الـذي تعـذر الخروج منه، ولم نسقط اعتبارهما بالكلية، ومن هنا يكون القضاء بالقسمة قضاء ترك لا قضاء استحقاق.

وإذا أوقف الحكم فإن كان مما يضره – أي الموقوف - الوقف بيع أو استبدل وهكذا.

ولا أرى العمل بالقسمة في هذه الحالة، وكذا القرعة دون موافقتهمـا مـا دامـت البينتـان قائمتين؛ لأن في القسمة تمليك نصف العين لمن لا حق له فيها، ومخالفة لموجـب البينتـين فـي نصف ما شهدتا به. أما حال اتفاقهما عليها فإن ذلك يعد تنازلا من مالكها الحقيقي – الذي يملكها ظاهرا وباطنا – عن نصف حقه الذي شهدت به بينته، ويسجل في محضر القضاء بأن بينة كلٍ منهما شهدت له بالكل ولكنه تنازل عن نصف حقه بقبوله القسمة، وبهذا نبرئ ذمة القاضي مـن الجور، لأن الإجبار على القسمة مع قيام البينة التي تشهد بالكل ظلم، وإسقاط البينة مـع إمكـان العمل بها ولو من بعض الوجوه ظلم كذلك.

ثم لو أسقطناهما مع إنكار مالكها لهما لقويت حجته، وكان من حقه تملكها حقيقة بيمينـــه، ثم لو قلنا بإعمالهما فيما اتفقا عليه وهو نزعها من يد حائزها، وإسقاطهما فيما وراء ذلك؛ لكـــان عملا بالبينتين في بعض ما شهدتا به، وإبطالا لهما في البعض الآخر، وهو تصرف فيهما بغيـــر دليل، أمكننا تجنبه، فإما أن نقبلهما كاملتين، وهو محال؛ لتواردهما على محل واحد، أو نبطلهمـــا كاملتين، وهو ما لا حاجة لنا به.

كما نجنبهما بذلك الحلف، فالحلف مع قيام البينة الكاملة تكليف لم يوجبه الشرع.

أما القرعة: فنؤول حديث النبي ﷺ بأنه حكم بها بقبولهما، ولا غضاضة في ذلك، أو أنـــه ﷺ أقرع بينهما لما تشاحا على الحلف، أما أن نقرع في حق نعلمه لأحـــدهما فنجعـــل للمبطـــل فرصة في تملك المدعى مساوية لفرصة المحق، ومن ثم القضاء له والحكم باســـتحقاقه إيـــاه إن أسعفه حظه، فهذا مما لا يصح القول به في دين الله تعالى.

وأما الوقف في نطاق ما فصلت سابقا فلا ضير فيه؛ لأنه منوط بـــشروط وقيـــود بينـــة واضحة، أقلها إن رضيا بالقسمة بطل الوقف، وليس أحد أحرص منهما على ما يـــدعيان وهـــذا بحسب الظاهر، فإن كان في القسمة مصلحة لهما فلن يتوانيا عنها.

كما نرى في كل وقت حقوقا كثيرة لما تزاحمت عليها البينات ولم نعلم مرجحـــا لواحـــدة منها تركت زمنا قد يطول وقد لا يطول.

ولا يشك في أن ضررا ما سيلحق صاحب الحق جراء الوقف، لـــذلك كـــان الـــرأي أن يوقف الحكم إن رجا الحاكم اصطلاحهما على قسمة ونحوه، أو ظهور مرجحات لم تكن، فإن لـــم يعلم من ذلك شيء كان التحالف بينهما وهكذا على ما فصلت سابقا.

- وإذا كان المدعى بيد غيرهما، فالذي يبدو والحالة ما سبق من تعارض البينـــات أنـــه إن أقر به لأحدهما كان له بيمينه – أي الحائز – يحلفها للآخر، فتكون يمينه مرجحة لبينـــة من أقر له بالعين، وإن أقر ب لأحدهما ولم يعينه، أو لم يقر به لأحد بأن أنكرهما، نزع من يده لاتفاق البينتين على ذلك، عندها يكون حكمه كحكم الحالـــة الـــسابقة، وهـــو أن تعرض القسمة عليهما، فإن قبلا قسم، وإن رفضا، أو رفض أحدهما ورجا الحاكم ظهور أدلة جديدة، أو رجا اصطلاحهما على القسمة أو غيرها، أوقف الحكم، وإن لم يرج مـــن ذلك شيئا أسقط الأدلة وأحلفهما، فإن حلفا قسم بينهما، وإن نكل أحدهما حكـــم للحـــالف، وإن نكلا جميعا أوقف الحكم حتى يحلفا، أو يحلف أحدهما، أو يصطلحا علـــى القـــسمة، وتكون هنا على التفصيل السابق.

هذا ما أراه، وهو في مجموعه لا يخرج عما ذهب إليه الفقهاء سابقا، بل هو قريب جـــدا مما ذهب إليه فقهاء الشافعية.

الفصل الثالث

الترجيح بين طرق الإثبات المتعارضة، وفيه مبحثان:

المبحث الأول - طرق الإثبات قوة وضعفا.

المبحث الثاني – المرجحات (القرائن المصاحبة وأثرها في الترجيح).

تمهيد:

يشكل هذا الفصل العمود الفقري لهذه الدراسة، ومع ذلك فقد رأيت تأخيره بحثا ودراسة عن فصل الجمع والتوفيق؛ لأن إعمال الدليلين المتعارضين في الظاهر جمعا وتوفيقا متى كان ممكنا يرفع التعارض الحادث، فلا حاجة عندئذ إلى البحث عن مرجح، إذ لا يقدم العمل بإحدى البينتين متى أمكن العمل بكليهما، وتقديم الجمع هذا إنما يأتي حين يكون العمل بهما من كل وجه ممكنا، أما لو أمكن من بعض الوجوه كالقسمة، والقرعة، والتوقف أخر عن الترجيح قطعا.

وقد جاء هذا الفصل في مبحثين، تحدث الأول منهما عن طرق الإثبات توصيفا من حيث القوة والضعف، وبين القوة الإثباتية التي يتمتع بها كل طريق من هذه الطرق.

أما المبحث الآخر فكان في الحديث عما يحيط بالبينة من قرائن وظروف يمكن التوصل من خلالها إلى قيمتها الإثباتية قوة وضعفا.

المبحث الأول

طرق الإثبات قوة وضعفا، وفيه مطلبان:

المطلب الأول – ما أفاد اليقين من طرق الإثبات.

المطلب الثاني – ما أفاد الظن من طرق الإثبات.

تمهيد:

قد يقع التعارض بين البينات المختلفة كما يقع بين المتفقة منها، كأن تتعارض شهادة مع إقرار، أو مع علم القاضي، أو نحوه فنحتاج إلى معرفة الراجحة منها دفعا للتعارض، وهذا يقتضينا الحديث عن كل واحدة منها بما يفي غرض البحث، فأقول:

قد عرفنا أن طرق الإثبات في الشرع هي: الإقرار والشهادة والكتابة وعلم القاضي واليمين والقرائن، فهذه طرق الحكم في دين الله تعالى، وهو ما استقر عليه رأي أهل العلم في زماننا، وهو ما رجحته في حينه من هذه الدراسة[١].

بقي أن نعرف القوة الإثباتية التي تتمتع بها كل طريق من هذه الطرق، ومن هنا يمكن تقسيمها إلى قسمين:

- قسم يفيد العلم واليقين، أو أن الظن المستفاد منه يبلغ حد اليقين أو نحو ذلك، ويشمل هذا القسم: التواتر، والإقرار، وعلم القاضي.

- وقسم يفيد غالب الظن دون أن يبلغ حد العلم واليقين، فيكون الظن المستفاد منه دون الظن المستفاد من الصنف الأول، ويشمل هذا القسم بقية طرق الإثبات.

وما من شك في أن ما أفاد العلم واليقين أبلغ بيانا، وأنصع حجة، وأقطع دليلا مما أفاد الشك والظن.

ولكن بقي أن نقول: إن ما أفاد العلم منها لم يكن العمل به محل اتفاق بين الفقهاء، فبعضه متفق عليه وبعضه مختلف فيه، فأما ما اتفق على تقديمه فالتواتر، والإقرار، ولم يخالف أحد في ذلك سوى ما جاء عن ابن حزم الظاهري الذي أخرهما عن علم القاضي، فقدم العلم عليهما، وتفصيل ذلك في الصفحات التالية من هذه الدراسة.

---

(١) للمزيد يراجع الإطلاق والتقييد في طرق الإثبات من التمهيد في هذه الدراسة.

المطلب الأول

ما أفاد اليقين من طرق الإثبات، وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول - التواتر:

التواتر لغة التتابع، ومنه جاءوا تترى أي متتابعين[١].

وفي الشرع: "خبر جماعة يفيد العلم لا بالقرائن المنفصلة عنه بل بنفسه"[٢].

وفي المجلة في المادة (١٦٧٧) منها: "التواتر هو خبر جماعة لا يجوز العقل اتفاقهم على الكذب". يقول حيدر (شارح المجلة) بعد ذلك: " ومعناه الشرعي هو خبر جماعة مستند على الحس لا يجوز العقل ولا يتوهم اتفاقهم واجتماعهم على الكذب كالأخبار عن البلدان النائية، وعن الأمم الخالية"[٣].

التواتر يفيد علم اليقين:

نص الفقهاء على أن التواتر يفيد العلم اليقيني، وعلى هذا جمهور أهل العلم[٤]، جاء في البحر المحيط: "الجمهور على أن التواتر يفيد العلم اليقيني"[٥]. وفي الطريقة الواضحة: "التواتر يفيد علم اليقين، فلا تقام بينة على خلافه؛ لأن البينات ظنية يدخلها الشك، بخلاف التواتر، سواء كان المستند إلى التواتر مدعيا أو مدعى عليه، وسواء كان مثبتا أو نافيا، وسواء كان في الأموال أو في الحدود والقصاص، وسواء كان قبل الحكم أو بعده؛ لأن التواتر حجة في النفي والاثبات"[٦].

وفي الطرق الحكمية: "الطريق العشرون: الحكم بالتواتر، وإن لم يكن المخبرون عدولا ولا مسلمين، وهذا من أظهر البينات"، وقال: "بينة التواتر أقوى من الشاهدين بكثير، فإنه يفيد العلم، والشاهدان غايتهما أن يفيدا ظنا غالبا"[٧].

---

(١) انظر: ابن منظور، **اللسان**، فصل الهاء، باب الراء، ج٥ ص٢٤٩.
(٢) ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ج٢ص٢٣٠.
(٣) حيدر، علي. درر الحكام شرح مجلة الأحكام. دار الجيل، ج١٤ص٢٩٠.
(٤) انظر: الغزالي، **المستصفى**، ج١ص١٣٢. الزركشي، **البحر المحيط**، ج٦ص١٠٣. الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي، **الفتاوى الكبرى**. المكتبة الإسلامية، ج٢ص٨٥. الجصاص، **أحكام القرآن**، ج١ص٤٤٧.
(٥) الزركشي، **البحر المحيط**، ج٦ص١٠٣.
(٦) حمزة، الشيخ محمود. **الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة**. دمشق: مطبعة نهج الصواب، ص٢٣٥-٢٣٦.
(٧) ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٩٦.

ويعلل شارح المجلة ذلك بقوله: " التواتر يفيد علم اليقين؛ لأنه من المستحيل عقلا أن يتفق جمع غير محصور متباين في الرأي والأخلاق والوطن على شيء محسوس من المخترعات وغير ثابت في نفس الأمر يعني أن العقل يحكم قطعا أن هذا الجمع غير المحصور لا يتفق على الكذب وأن الذي أخبر به هو صدق ولا مجال للعناد في اليقينات ولا احتمال لزوال ذلك اليقين"[١].

وإذا كان التواتر يفيد العلم اليقيني فهذا يستوجب أمرين:

أولاهما – أن العمل به ضروري[٢].

جاء في التقرير والتحبير: "... الجمهور من الفقهاء والمتكلمين على أن ذلك العلم ضروري"[٣]، أي ضروري عملا، فإذا ما ثبت لدى القاضي أمر بطريق التواتر وجب العمل به، ولا يجوز إغفاله أو تأخيره.

ثانيهما – أن لا تقبل البينة بخلافه، فهو لا يعارض بما دونه، وإنما يكون ساقطا أمامه، ولا يحدث التعارض بين بينتين متواترتين؛ لاستحالة ذلك عادة[٤].

جاء في المادة (١٦٩٨) من المجلة: (لا تقبل البينة التي أقيمت على خلاف المتواتر). يقول حيدر: "إن الدعوى خلاف المتواتر باطلة لكونها دعوى المحال فعليه لا تقبل البينة التي أقيمت على خلاف المتواتر; لأن التواتر يفيد علم اليقين فالبينة التي تقام على خلافه تستوجب رد الشيء الثابت بالضرورة واليقين، وبما أن الضروريات - اليقينيات - لا ترد ولا تقبل الشك فتكون هذه البينة كذبا محضا كالبينة التي تقام على خلاف المحسوس، سواء كان المستند إلى التواتر المدعي أو المدعى عليه أو كان التواتر مثبتا أو منفيا وسواء كان في الأموال أو في غير الأموال أو كان قبل الحكم أو بعده فلا تقام على خلافه بينة عادية أو بينة التواتر; لأن التواتر حجة قطعية وكما أنه من الممتنع وقوع المتناقضين في الخارج فلا يقع في الحجج القطعية تناقض فلذلك يستحيل تواتر النقيضين"[٥].

---

(١) حيدر، **درر الحكام**، ج٤ص٤٧٢.

(٢) انظر: البخاري، **كشف الاسرار**، ج٣ص١٥٨. التفتازاني، مسعود بن عمر. **التلويح شرح التوضيح**. مصر: مكتبة صبيح، ج٢ص٥. ابن المرتضى، **البحر الزخار**، ج١ص٧٦. ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ج٢ص٢٣١. حيدر، **درر الحكام**، ج٤ص٣٩١.

(٣) ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ج٢ص٢٣٢.

(٤) ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ج٢ص٢٣١. التفتازاني، **التلويح شرح التوضيح**، ج٢ص٥. الغزالي، **المستصفى**، ج١ص١٣٣.

(٥) حيدر، **درر الحكام**، ج٤ص٣٩١.

شروط العمل بالتواتر:

حتى يثبت التواتر المفيد للعلم لابد من تحقق جملة شروط فيه:

أولها - أن يخبروا عن علم لا عن ظن.

ثانيها - أن يكون علمهم ضروريا مستندا إلى محسوس.

ثالثها - أن يستوي طرفاه ووسطه في هذه الصفات, وفي كمال العدد.

رابعها - العدد الكامل الذي يفيد العلم, والمقصود بالكامل هو أقل عدد يورث العلم أو هو تعدد النقلة بحيث يمنع التواطؤ عادة على الكذب(١).

والحق أن الشرط الثاني يقتضي الأول، لهذا وجدنا من العلماء من يكتفي بثلاثة شروط(٢).

العدد الذي يتحقق معه التواتر:

كان العدد الذي يتحقق معه التواتر محل خلاف بين العلماء:

فقد قيل: أقله خمسة. وقيل: اثنا عشر، وقيل: عشرون. وقيل: أربعون، وقيل: سبعون، وقيل: ثلاثمائة وبضعة عشر عدد أهل بدر، وقيل: عدد أهل بيعة الرضوان (ألف وأربعمائة). وقيل: ليس معلوما لنا لكنا بحصول العلم الضروري نتبين كمال العدد، لا أنا بكمال العدد نستدل على حصول العلم(٣).

والحق أن ضابط التواتر من جهة العدد يستوجب ألا نتوقف عند عدد محدد، فقد يحدث بعدد مرة فنستفيد منه العلم القطعي، ويطمئن إليه القاضي والناس، ولا يحدث مثل ذلك اليقين بأضعاف أضعاف هذا العدد، فالصواب ألا يحدد لذلك عدد، وإنما يسار وفق ضابطه، وبهذا قال جمهرة من الفقهاء والأصوليين(٤).

هل عمل القانون بالتواتر؟

نص قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني في مادته (٥٦) على أنه: "إذا استند المدعي في دعواه إلى البينة الشخصية يجب عليه أن يحصر شهوده عندما يطلب منه ذلك،

---

(١) انظر: الغزالي، **المستصفى**، ج١ص١٣٤. ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ج٢ص٢٣٢. محمود بن حمزة، **الطريقة الواضحة**، ص٢٣٤.

(٢) ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ج٢ص٢٣٢.

(٣) التفتازاني، التلويح، ج٢ص٣.

(٤) منهم: الغزالي, والرازي, وابن الهمام، وابن أمير بادشاه شارح التحرير, وسعد الدين التفتازاني, وعبد العزيز البخاري صاحب (كشف الأسرار)، والشيخ محمود صاحب الطريقة الواضحة وغيرهم. انظر: البخاري، **كشف الأسرار**، ج٣ص١٥٨. الغزالي، **المستصفى**، ج١ص١٣٤-١٣٥. التفتازاني، **التلويح**، ج٢ص٣. الغزالي، **المستصفى**، ج١ ص١٣٥. ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ج٢ص٢٣١. الزركشي، **البحر المحيط**، ج٦ص١٠٣.

ويشمل هذا الحصر بينة التواتر، ولا يجوز تسمية شهود آخرين إلا إذا كان موضوع الدعوى مما تقبل فيه الشهادة حسبة".

ومن هذا نتبين أن قانون أصول المحاكمات الشرعية أخذ بالتواتر واعتبره، لكنه أوجب على المدعي حصر بينته.

أما قانون البينات الأردني (القانون المدني) فيبدو أنه لم يتعرض لشهادة التواتر من قريب أو بعيد، والسبب أن القانون المدني قلل من أهمية الشهادة بشكل عام، وأخضعها لنظر القاضي وسلطته، ومن ثم فلا أثر للتواتر في الإثبات في كثير من الأمور.

الفرع الثاني - الإقرار:

الإقرار من القرار وهو لغة: الإذعان والثبوت والسكون، وفي اللسان: "أقر بالحق أي: اعترف به"[١].

وشرعا: إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه[٢]. وبمثل هذا عرفه قانون البينات الأردني في المادة (٤٤)، وفيها: " الإقرار هو إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر"، وهو مأخوذ من تعريف المجلة في المادة (١٥٧٢).

حجية الإقرار:

الإقرار أقوى الأدلة ما لم يعلم بطلانه، قال بذلك أكثر الفقهاء[٣]؛ لأن الظن المستفاد منه مقدم على الظن المستفاد من غيره، كالشهادة ونحوها، جاء في القواعد الكبرى للعز بن عبد السلام: "... والإقرار مقدم على البينة، لأن الظن المستفاد منه أقوى من الظن المستفاد من شهادة الشاهد، لأن وازع المقر عن إقراره طبعي، ووازع الشاهد شرعي، والوازع الطبعي

---

(١) ابن منظور، **اللسان**، فصل الواو، باب الراء، ج٥ ص٢٧٦.

(٢) بهذا عرفه الحنفية، انظر قاضي زاده، **تكملة فتح القدير**، ج٨ص٣١٧. وعرفه فقهاء المذاهب الأخرى بتعريفات قريبة من هذا وقد تختلف قليلا بحسب الاختلاف الحاصل في بعض الأحكام الجزئية عندهم. انظر: ابن فرحون. **التبصرة**، ج٢ص٥٦. الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٢ص٢٨٧. الركبي، محمد بن احمد بن بطال. النظم المستعذب. مطبوع مع المهذب، ج٢ص٤٧٨. البهوتي، منصور بن يونس، (١٤١٥-١٩٩٤). الروض المربع. (ط١). القاهرة: مكتبة التراث الإسلامي، ص٦٠٤. وابن المرتضى، **البحر الزخار**، ج٦ص٦.

(٣) انظر: قاضي زاده، **تكملة فتح القدير**، ج٨ص٣٢١. الطرابلسي، **معين الحكام**، ص١٢٥. ابن فرحون، **التبصرة**، ج٢ص٥٦. ابن حسين المكي، محمد بن الحسين. **تهذيب الفروق**. مطبوع مع الفروق. ج٤ص٢٢٩. الشافعي، **الأم**، ج٦ص١٤٦. الشيرازي، **المهذب**. ج٢ص٤٧٩. العز بن عبدالسلام، **قواعد الأحكام**. ج٢ص٢٤٢. الأسيوطي، **جواهر العقود**، ص١٥. ابن قدامة، **المغني**. ج٥ص٢٧١. المرداوي، **الإنصاف**، ج١٠ص٢٨٤. ابن المرتضى، **البحر الزخار**، ج٦ص١٥.

أقوى من الوازع الشرعي، ولذلك يقبل الإقرار من كل مسلم وكافر وبر وفاجر، لقيام الوازع الطبعي"(١).

ولأن تهمة الكذب، وريبة الإفك لا يتطرقان إليه، جاء في معين الحكام للطرابلسي: "اعلم أن الإقرار من أقوى الأحكام وأشدها، وهو أقوى من البينة، ووجهه أنه إذا كان يستند إلى الظن فبأن يستند إلى علم أولى، لأن الحكم بالإقرار مقطوع به والحكم بالبينة مظنون، ولأن الإقرار خبر صدق، أو يرجح صدقه على كذبه لانتفاء تهمة الكذب، وريبة الإفك، وحقيقته إخبار عن كائن سابق فيقتضي ثبوت المخبر به سابقا على إخباره"(٢).

وجاء في المغني تدليلا على وجوب تقديمه: "...ولأن الإقرار إخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها، ولهذا كان آكد من الشهادة"(٣).

وجاء في التبصرة بعد أن عرف الإقرار قال: "...وحكمه اللزوم، وهو أبلغ من الشهادة، قال أشهب: قول كل أحد على نفسه أوجب من دعواه على غيره"(٤).

فمتى توفرت في الإقرار شرائطه، وأركانه(٥) وجب على القاضي الحكم به وتقديمه على معارضه عند الجمهور، ولم يخالف في تقديمه سوى ابن حزم الظاهري حيث جعله في المرتبة الثانية بعد علم القاضي(٦).

موقف التشريعات المعاصرة من الإقرار:

الملاحظ أن القوة الإثباتية التي يتمتع بها الإقرار في الفقه الإسلامي لم تسلب منه في التشريعات المعاصرة، فقد منح الإقرار في القوانين المعاصرة الحجية القاطعة، فيوجب صدوره على القاضي الحكم به، وعدم إجراء أي بحث في موضوعه بعد حصوله، وهو يتمتع بهذه القوة في جميع الأحوال مهما كانت قيمة الدعوى.

ولكن فرق القانون بين نوعين من الإقرار:

- الإقرار القضائي: وهو الذي يصدر من الخصم أمام القاضي وأثناء نظر الدعوى، وهذا النوع من الإقرار يتمتع بالحجية القاطعة سالفة الذكر.

---

(١) العز بن عبد السلام، **قواعد الأحكام**. ج٢ص٢٤٢.
(٢) الطرابلسي، **معين الحكام**. ص١٢٥.
(٣) ابن قدامة، **المغني**. ج٥ص٢٧١.
(٤) ابن فرحون، **التبصرة**. ج٢ص٥٦.
(٥) ذكر العلماء أن للإقرار شروطا وأركانا وأسبابا، فمن شروطه العقل، والبلوغ وثمة أخرى مختلف فيها، وكذلك له أركان، وأسباب، للمزيد يراجع: الطرابلسي، **معين الحكام**. ص١٢٥. وقاضي زاده، **تكملة فتح القدير**، ومعه: البابرتي، **العناية**، وسعدي أفندي، سعد الله بن عيسى. **الحاشية**. ج٨ص٣١٧. الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٥ص٢. ابن فرحون. **التبصرة**. ج٢ص٥٦-٥٧. الصاوي، **بلغة السالك**، ج٢ص١٩٠. ابن أبي الدم، **أدب القاضي**، ص٤٩٨. ابن قدامة، **المغني**، ج٥ص٢٧١.
(٦) انظر: ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٥٢٣.

- الإقرار غير القضائي: وهو الذي يقع خارج مجلس القضاء، أو فيه ولكن في دعوى بعيدة عن محل الإقرار. وهذا النوع من الإقرار لا يتمتع بالحجية التي يتمتع بها الإقرار القضائي، فهو غير ملزم للقاضي، وله فيه سلطة تقديرية، فهو بمنزلة الواقعة التي يعود تقديرها إلى القاضي[١].

ويبدو أن نصوص الفقه الإسلامي لا تعارض مثل هذا التقسيم، بل أرى أنها تتسع له، وما أسلفناه منها ذكرا يدل دلالة واضحة على أن ما حاز منه الحجية القاطعة هو ما كان أمام القاضي، وأما ما ثبت منه عند القاضي ببينة ونحوه مع تكذيب المقر فيأخذ حكم بينته قوة وضعفا[٢].

أما ما كان منه أمام القاضي في غير موضوع الدعوى فالقانون لم يمنحه حجية الإقرار القضائي في حين أن الفقه منحه تلك الحجية، وعد القضاء المبني عليه قضاء بالإقرار لا بالعلم[٣].

الإقرار حجة قاصرة:

هذا ولابد من بيان أن هذه القوة الإثباتية التي يتمتع بها الإقرار فقها وقانونا تقتصر على المقر نفسه ولا تتعداه إلى غيره، فقد نص العلماء على أن الإقرار حجة قاصرة[٤]، لا تتعدى إلى غير المقر، وهو بهذا يخالف غيره من طرق الإثبات.

واستدل لذلك بما رواه البخاري ومسلم، واللفظ لمسلم: "أن رجلا من الأعراب أتى رسول الله فقال: يا رسول الله أنشدك الله إلا قضيت لي بكتاب الله. فقال الخصم الآخر - وهو أفقه منه: نعم. فاقض بيننا بكتاب الله وائذن لي، فقال رسول الله: "قل" قال: إن ابني كان عسيفا[٥] على هذا، فزنا بامرأته، وإني أخبرت أن على ابني الرجم، فافتديت منه بمائة شاة ووليدة. فسألت

---

(١) انظر: نشأت، **رسالة الإثبات**، ج٢٢٧. القضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص٢٢٤وما بعدها. النداوي، آدم وهيب، (٢٠٠١م). **دور الحاكم المدني في الإثبات**. (ط١). عمان: الدار العلمية، ودار الثقافة، ص٢٦٨.

(٢) نص الفقهاء على أن الإقرار يثبت بالبينة ويحكم بذلك، ولكن هذا الحكم يكون مستندا إلى البينة لا الإقرار، وإن كان ثمة خلاف بين الفقهاء في أنه هل يصح أن يكون الإقرار سببا للدعوى، أم لا؟ انظر: الطرابلسي، **معين الحكام**، ص٥٧، ٦٢. ميارة، **الشرح**، ج١ص١٩٨. حيدر، **درر الحكام**، ج٤ص٢٠٠. الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٢ص٢٩٣، ٣١٠. الهيتمي، **تحفة المحتاج**، ج٥ص٣٦٥.

(٣) انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٣٩٨. الماوردي، **أدب القاضي**، ج٢ص٣٦٨. ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٩٦.

(٤) انظر: الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٥ص٢. وقاضي زاده، **تكملة فتح القدير**، ومعه البابرتي، وسعدي أفندي، ج٨ص٣١٧. الصاوي، **بلغة السالك**، ج٢ص١٩٠. البجيرمي، **حاشية على المنهج**، ج٣ص ٧١. ابن قدامة، **المغني**، ج٥ص٢٧١.

(٥) عسيفا: أجيرا، وجمعه عسفاء كأجير وأجراء، وفقيه وفقهاء. انظر: تعليقات محمد فؤاد عبد الباقي على مسلم، ص١٣٢٤.

أهل العلم فأخبروني إنما على ابني جلد مائة وتغريب عام. وأن على امرأة هذا الرجم، فقال رسول الله ﷺ: "والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله، الوليدة والغنم رد، وعلى ابنك جلد مائة، وتغريب عام، واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها"، قال: فغدا عليها فاعترفت فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمت"(١).

وجه الدلالة أن النبي ﷺ لم يقبل إقرار الزاني في حق غيره وإن قبله في حق نفسه، فلم يوقع عقوبة الرجم على المرأة بإقرار الزاني أنه زنا بها، بل أرسل من يسألها عن ذلك.

وقد تبنى القانون الأردني هذا الرأي، ونص على أن الإقرار حجة قاصرة على المقر(٢).

ومثله القانون المصري، لكنه استثنى من ذلك الوارث والموصى له والدائن العادي، فيسري عليهم أثر الإقرار، وقد نقل صاحب رسالة الإثبات عن السنهوري أن الدائن لا يتعدى إليه أثر الإقرار(٣).

الفرع الثالث - علم القاضي:

ذكر أن طرق الإثبات متفاوتة فيما تفيده من علم، ومن تلك التي تفيد علما فوق ما تفيده كثير من طرق الإثبات الأخرى علم القاضي، وفيما يأتي من صفحات سأبين موقف العلماء منه، ومدى القوة الإثباتية التي يفيدها أمام بقية طرق الإثبات الأخرى.

واضح مما سبق من حديث حول الإقرار أنه مقدم على طرق الإثبات كافة(٤)، بما في ذلك علم القاضي، ولكن يبدو أن الأمر بحاجة إلى مزيد من التروي فيما يتعلق بعلم القاضي، وبخاصة عند جمهور العلماء غير ابن حزم الذي اتضح الأمر عنده تمام الوضوح، فقد صرح بأنه – أي العلم - مقدم على طرق الإثبات كافة بما في ذلك الإقرار، وجعله – أي الإقرار - في المرتبة الثانية بعد العلم(٥).

والسؤال: فيما لو تعارض العلم مع الإقرار فأيهما المقدم؟ أترك الإجابة عن هذا التساؤل إلى ما بعد توضيح موقف الفقهاء من علم القاضي:

موقف العلماء من قضاء القاضي بعلمه:

---

(١) مسلم، **الصحيح**، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، رقمه في الصحيح (١٦٩٧)، ص١٣٢٤.

(٢) نص قانون البينات الأردني في المادة (٥١) على أن الإقرار حجة قاصرة. وانظر: العبودي، **شرح أحكام قانون البينات**، ص٢٠٥.

(٣) انظر: نشأت، **رسالة الإثبات**، ج٢٣٤.

(٤) ما من شك في أن التواتر مستثنى من ذلك، فهو مقدم على الإقرار إذا ما عارضه، وقد أفضت الحديث في ذلك في حينه.

(٥) انظر: ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٥٢٣.

يتفق الفقهاء على أن القاضي لا يقضي بخلاف علمه، فإذا ما ثبت لدى القاضي بينة تخالف ما يعلمه، إقرارا كانت أو سواه، فإنه لا يقضي بها، ولا يخالف بقضائه ما يعلمه بالإجماع[١].

مثال ذلك: ما لو قامت البينة على رجل أنه قتل آخر، والقاضي يعلم بيقين أن القاتل غير من قامت عليه البينة، فإنه لا يقضي بما شهدت به البينة بالإجماع، ولعل هذا مما يثبت قوة العلم استدلا، فهو في هذا الموطن قدم على طرق الإثبات كافة.

أما قضاؤه بعلمه فموضع خلاف بين الفقهاء، قبله بعضهم، ورده آخرون، وتفصيل المسألة على النحو الآتي:

ذهب متقدمو الحنفية[٢]، والشافعية في الراجح من مذهبهم[٣]، والمالكية في قول[٤]، والحنابلة في قول[٥]، والظاهرية[٦]، والزيدية[٧] إلى جواز القضاء بالعلم، بل صرح الظاهرية بأكثر من ذلك فقالوا بأنه فرض[٨].

وهؤلاء مختلفون فيما يجوز فيه القضاء بعلم القاضي وما لا يجوز، فمنهم المتوسعون، الذين أجاز القضاء بالعلم في كل الأحوال، والأشياء، ومن هؤلاء فقهاء الظاهرية، وعدوا ذلك فرضا عليه (أي القاضي)[٩].

---

(١) انظر: الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٤ص٣٠٧. قليوبي وعميرة، **حاشيتان**، ج٤ص٣٠٥. ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص١٠٥.

(٢) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج٩ص١٢٤. الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٣٥٣. الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٤ص٢٩٣. الطرابلسي، **معين الحكام**، ص١٢١. منلاخسرو، محمد بن فرموزا. **درر الحكام شرح غرر الأحكام**. دار إحياء الكتب العربية، ج٢ص٤١٥. ابن عابدين، **الحاشية**، ج٥ص٤٣٨.

(٣) انظر: الشافعي، **الأم**، ج٦ص٢٣٣. الماوردي، **أدب القاضي**، ج٢ ص٣٦٨. ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص١٠٥. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٣٩٨. الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٤ ص٣٠٦. الرملي، **الحاشية**، مع أسنى المطالب. الأنصاري، **شرح البهجة**، ج٥ص٢٤٢. قليوبي وعميرة، **حاشيتان**، ج٤ص ٣٠٥.

(٤) انظر: القرافي، **الفروق**، ج٤ ص١٠٤. ابن فرحون، **التبصرة**، ج٢ص٤٩. الباجي، سليمان بن خلف، (١٤٢٢-٢٠٠٢). **فصول الأحكام**. (ط١).تحقيق أبو الأجفان، الرياض: التوبة، وبيروت: دار ابن حزم، ص١١٦-١١٧.

(٥) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١١ص٤٠١. ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٩١.

(٦) انظر: ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٥٢٣.

(٧) انظر: ابن ابن المرتضى، **البحر الزخار**، ج٦ ص١٣٠.

(٨) انظر: ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٥٢٣.

(٩) انظر: ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٥٢٣.

ومنهم المضيقون، الذين منعوا القضاء بالعلم في بعض الجوانب، كالحدود، وما علمه قبل توليه وهكذا...[١].

وربما كان المضيقون هم الأكثر من بين القائلين بالجواز. وسيقتصر بحثي - في هذا المقام - على أصل المسألة، وهي الجواز وعدمه، ومن ثم ننظر رأينا في تفريعات هذه المسألة وفي كيفية معالجتها، والله تعالى الموفق.

وذهب متأخرو الحنفية[٢]، والمالكية في الراجح[٣]، والحنابلة في الراجح[٤]، والشافعية في قول[٥] إلى عدم جواز قضاء القاضي بعلمه.

وسبق بيانا أن ما استقر عليه رأي المحدثين من أهل العلم الشرعي، وكذلك ما جرى العمل به في أغلب القوانين الوضعية هو إطلاق طرق الإثبات، والحكم بها - مجتمعة أو فرادا - ما دامت تشكل قناعة قضائية بصدق ما أثبتته، وإذا كان الأمر كذلك فما من شك في أن علم القاضي إحداها، بل أولاها بالقبول، وهذا بالنظر إلى قوة البينة، ولكن هذا وحده لا يكفي للعمل بها، فلربما كان في القبول مفسدة أكبر مما تحققه من مصالح، فلا جرم أنها حينئذ مردودة، وغير مقبولة، وندرس في الآتي هذه المسألة رجاء الوصول إلى حكم الشرع فيها:

أدلة المجيزين:

أولا – من الكتاب:

استدلوا بقوله تعالى في سورة النساء: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾[١].

---

(١) انظر: الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٤ص٢٩٣. الطرابلسي، **معين الحكام**، ص١٢١. منلاخسرو، **درر الحكام شرح غرر الأحكام**، ج٢ص٤١٥. الماوردي، **أدب القاضي**، ج٢ص٣٧٠. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٣٩٨.

(٢) انظر: الوفائي الشرنبلاني، حسن بن عمار. **غنية ذوي الأحكام في بغية درر الحكام**. مطبوع مع درر الحكام لـ منلا خسرو، ج٢ص٤١٥. وابن عابدين، **الحاشية**، ج٦ص١٥١. داماد، عبد الرحمن بن محمد. **مجمع الأنهر**. دار إحياء التراث العربي، ج١ص١٩٤.

(٣) انظر: مالك، **المدونة**، ج٤ص١٦. القرافي، **الفروق**، ج٤ ص١٠٤. المواق، **التاج والإكليل**، ج٨ص١٨٣. عليش، **منح الجليل**، ج٨ ص٣٤٤. الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص١٥٨. الخرشي، **الحاشية**، ج٧ ص١٦٤. الباجي، سليمان بن خلف. **المنتقى شرح الموطأ**. دار الكتاب الإسلامي، ج٥ص١٨٥-١٨٦.

(٤) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١١ ص٤٠١. ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٩٣. البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج٣ص٥١٨-٥١٩. الرحيباني، مصطفى بن سعيد بن عبده. **مطالب أولي النهى**. المكتب الإسلامي، ج٦ص٥٠٩-٥١٠.

(٥) انظر: الماوردي، **أدب القاضي**، ج٢ ص٣٦٨. ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص١٠٥. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٣٩٨. الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٤ ص٣٠٦. معه الرملي، **الحاشية**. الأنصاري، شرح البهجة، ج٥ص٢٤٢. قليوبي وعميرة، **حاشيتان**، ج٤ص ٣٠٥.

فليس من القسط أن يترك الظالم على ظلمه لا يغيره[٢].

ثانيا – من السنة:

استدلوا بما جاء في الصحيحين أن هند بنت عتبة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وبني، إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل عليَّ من ذلك جناح؟ فقال ﷺ: "خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك"[٣]. فحكم النبي ﷺ لها بغير بينة، فلم يبق إلا أنه حكم بعلمه.

واعترض عليه بأنه كان إفتاء من النبي ﷺ وليس قضاء، لأن أبا سفيان لم يحضر، ولم يكن غائبا عن البلد، والحكم على الغائب عن مجلس الحكم - غير الممتنع، مع قدرته على الحضور، ولم يوكل وكيلا - لا يجوز اتفاقا[٤]. ثم هي الغالب من تصرفاته ﷺ؛ لأنه مبلغ عن ربه، والتبليغ فتيا لا حكم، والتصرف بغيرها قليل فيحمل على الغالب[٥].

ثم هي لم تكن مدعية، وإنما كانت مستفتية، فقد سألت النبي ﷺ - بعد أن بينت أمرها - هل لها أن تأخذ ما يكفيها وبنيها، وهذا استفتاء محض، والاستدلال به على الحكم مردود[٦].

ومن أدلتهم ما روي عن سعيد بن الأطول أن أخاه مات وترك ثلاثمائة درهم، وترك عيالا، فأردت أن أنفقها على عياله، فقال النبي ﷺ: "إن أخاك محتبس بدينه فاقض عنه"، فقال: يا رسول الله، قد أديت عنه، إلا دينارين ادعتهما امرأة وليس لها بينة، قال: "أعطها فإنها محقة"[٧].

يقول صاحب الطرق الحكمية: "وهذا أصرح في الدلالة مما قبله"[٨].

---

(١) سورة النساء آية ١٣٥.

(٢) ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٥٢٦.

(٣) رواه البخاري في **الصحيح**، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، ج٥ص٢٠٥٢، برقم (٥٠٤٩). ومسلم في **الصحيح** (واللفظ له)، باب قضية هند، ج٣ ص١٣٣٨، برقم (١٧١٤).

(٤) انظر: ياسين، **نظرية الدعوى**، ص٥٣٤.

(٥) انظر: القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٠٨. ابن قدامة، **المغني**، ج١١ص٤٠٤. ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٩٣.

(٦) انظر: ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٩٣.

(٧) رواه ابن ماجة في **السنن**، باب أداء الدين عن الميت، ج٢ص٨١٣، برقم(٢٤٣٣). والشوكاني في **نيل الأوطار**، باب أن ولي الميت يقضي دينه إذا علم صحته، وذكر: أن فيه ابن أبي جعفر ولا يعرف أباه، وقيل انه ابن أبي نضرة، وقد وثقه ابن حبان، وقال فيمن عداه من رجال الإسناد: "هم رجال الصحيح"، انظره: ج٦ص١٦٦. ورواه الكناني، أحمد بن أبي بكر، (١٤٠٣هـ). **مصباح الزجاجة**. (ط٢). تحقيق محمد الكشناوي، بيروت: الدار العربية، باب أداء الدين عن الميت، قال: "أبو جعفر - وهو أحد رواة الحديث – ذكره ابن حبان في الثقات، وباقي رجال الإسناد على شرط الشيخين". ج٣ص٧١.

(٨) انظر: ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٩٣.

ويجاب عنه بأن منع القضاء بالعلم إنما كان نفيا للتهمة، وهي معلومة الانتفاء في حق النبي ﷺ[١].

واستدلوا بقول الرسول ﷺ: "من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه"[٢]. والحاكم إن لم يغير ما علم من المنكر حتى تجيء البينة على ذلك فقد عصى وخالف[٣].

وأجيب عنه بأنه لا يعد من باب تغيير ما يعلمه الناس منكرا، فلا يأمن القاضي أن لا تتطرق إليه التهمة في تغييره هذا[٤]، فيحمل الحديث على وجوب تغيير ما يعلمه الناس منكرا، فلا تتطرق إليه تهمة، وأما إذا عمد القاضي إلى رجل مع زوجته لم يشهد أحد أنه طلقها، ولا سمع بذلك أحد قط ففرق بينهما، وزعم أنه طلق، فإنه ينسب ظاهرا إلى تغيير المعروف بالمنكر، ويطرق الناس إلى اتهامه والوقوع في عرضه.

وهل يسوغ للحاكم أن يأتي إلى رجل مستور بين الناس غير مشهور بفاحشة وليس عليه شاهد واحد بها فيرجمه ويقول: رأيته يزني، أو يقتله ويقول سمعته يسب، أو يفرق بين الزوجين ويقول سمعته يطلق، وهل هذا إلا محض التهمة، ولو فتح هذا الباب ولاسيما لقضاة الزمان لوجد كل قاض له عدو السبيل إلى قتل عدوه، ورجمه، وتفسيقه، والتفريق بينه وبين امرأته ولاسيما إذا كانت العداوة خفية لا يمكن لعدوه إثباتها، حتى لو كان الحق هو حكم الحاكم لوجب منع قضاة الزمان من ذلك.

ثالثا – من المعقول:

قالوا: إن الحكم بالشهادة حكم بغالب الظن، والحكم بالعلم حكم بطريق اليقين والقطع، فلما جاز الحكم بغالب الظن، كان الحكم باليقين والقطع أولى وأجوز[٥].

ومن المعقول القياس على التجريح والتعديل، فلما جاز أن يحكم فيهما بعلمه جاز أن يحكم في غيرهما بعلمه كذلك، لثبوته – أي الحق - بأقوى أسبابه[٦].

---

(١) انظر: ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٩٣.

(٢) رواه مسلم في **صحيحه**، كتاب الإيمان، باب بيان أن النهي عن المنكر من الإيمان، ج١ص٦٩، برقم (٤٩).

(٣) انظر: ابن حزم، **المحلى**، ج٨ ص٥٢٦. ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٩٤.

(٤) انظر: ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٩٥.

(٥) انظر: الكاساني، **البدائع**، ج٧ص (فصل في بيان شرائط جواز القضاء) الماوردي، **أدب القاضي**، ج٢ ص٣٧٤. والقرافي، **الفروق**، ج٤ص١٠٧.

(٦) انظر: الماوردي، **أدب القاضي**، ج٢ ص٣٧٥. والقرافي، **الفروق**، ج٤ص١٠٨.

ثم إن عدم قضاء القاضي بعلمه مفض إلى وقوف الأحكام، أو فسق الحكام، فلو سمع القاضي رجلا يطلق زوجته ثلاثا، أو يعتق عبده، ثم أنكر العتق، أو الطلاق، فإن استحلفه ومكنه فسق، وإن لم يستحلفه وقف الحكم، وإذا قضى بعلمه سلم من الأمرين[١].

هذا جملة ما استدل به المجيزون للقضاء بالعلم، وقد رأينا كيف ناقش ذلك المانعون، أما **أدلة المانعين فمنها:**

أولا - من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾[٢].

فأمر بجلدهم عند عدم البينة وإن علم صدقهم[٣].

ويمكن أن يجاب عنه: بأن التنصيص على شيء لا يفيد نفي غيره، وإنما ذكرت الشهادة بحكم الغالب، مع القطع بأنها ليست الطريق الوحيد للحكم بالحد، فقد حكم النبي ﷺ بالإقرار[٤].

ثانيا – من السنة:

استدلوا بحديث النبي ﷺ: "إنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فاقض نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه بشي فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار"[٥].

فدل على أن القضاء يكون بما يسمع من الخصوم من أدلة وبيِّنات، وليس بما يعلم أو علم.

ويجاب عنه بأنه مقيد بما لم يقع له به علم من قبل، أما ما وقع له به علم فيقضي به.

ثم إن ذكر الشيء والتنصيص عليه لا يعني بالضرورة نفي غيره، فالتنصيص على السماع لا ينفي أن يكون العلم طريقا للحكم، بل هو أولى منه قبولا؛ لأن العلم أقوى من السماع، وإن قبل المفضول فالفاضل أولى منه قبولا. وقد رأينا أن سياق الحديث دل على عدم علم النبي ﷺ بالأمر، وما يدرينا أنه ﷺ لو كان به عالما فلربما قضى على نحو ما يعلم.

واستدلوا كذلك بحديث الصحيحين في قصة المتلاعنين أنها إن جاءت به كذا فهو لهلال أي الزوج، وإن جاءت به كذا فهو لشريك بن سمحاء، فجاءت به على النعت المكروه، فقال

---

(١) الماوردي، **أدب القاضي**، ج٢ص٣٧٥.
(٢) النور آية (٤).
(٣) انظر: القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٠٦. الماوردي، **أدب القاضي**، ج٢ص٣٧٢.
(٤) من ذلك حكمه على ماعز، والغامدية بالرجم، والقصة مشتهرة في كتب الفقه والسنة، انظر: ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٥٥.
(٥) حديث صحيح، سبق تخريجه.

النبي ﷺ : "لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمتها"[١]. فدل ذلك على أنه لا يقضي في الحدود بعلمه، لأن الرسول ﷺ لا يقول إلا حقا، وقد وقع ما قال، فيكون العلم حاصلا له، ومع ذلك لم يرجم، لعدم البينة[٢].

وأجيب عنه بأنه لا حجة لهم فيه، لأن علم الحاكم أبين بينة وأعدلها، ثم الاستدلال به فاسد، لحصول التلاعن بينهما، وهو سبب شرعي موجب للحكم بدرء الرجم، وإذا كان ذلك فلا ينازع أحد في عدم القضاء بالعلم كما غيره[٣].

ثالثا – من المعقول:

قالوا: إن القاضي غير معصوم فيتهم في قضائه بعلمه، فلعل المحكوم له ولي، أو المحكوم عليه صديق ولا نعلم ذلك، فمنع القضاء بالعلم صونا لمنصب القضاء من التهمة[٤].

واستدلوا بأن قضاء القاضي بعلمه مظنة التهمة، والطعن في الأحكام، وللتهمة تأثير في الشرع بإجماع العلماء، فهي تؤثر في الأحكام[٥].

هذا ما استدل به كل فريق على ما اختاره، ويبدو أن ما استدل به المانعون لا يرقى إلى مرتبة الحكم بحرمة القضاء بالعلم، فقد رأينا كيف تأول المجيزون أدلتهم، وهذا إن لم يحملنا على القول بالجواز فلا أقل من القول بعدم الحرمة، فتبقى المسألة موضع بحث ونظر، ولعل قاعدة: الأصل في المعاملات الإباحة ما لم يرد دليل على الحظر[٦]، أصل مهم في القول بعدم حرمة القضاء بالعلم، فكيف إذا عزز هذا بما استدل به المجيزون، وقد رأينا كيف تأول المجيزون أدلة المانعين، ومن ثم يصبح الاستدلال بها ضعيفا، فالدليل إذا دخله الاحتمال بطل به الاستدلال، فنرجع إلى العمل بأصل الإباحة.

يبقى أمر لا يمكن إغفاله وهو عامل المصلحة، فأيهما تتحقق معه المصلحة: المنع، أم الجواز؟

الذي أميل إليه هو المنع، خاصة في هذا الزمان الذي رق فيه الدين في قلوب الناس، وضعف، فصونا لمرفق القضاء من التهمة، وارتقاء بالقضاة من طعن الطاعنين بهم وبأحكامهم،

---

(١) رواه البخاري في **صحيحه**، باب قول النبي ص: "لو كنت راجما بغير بينة، ج٥ ص٢٠٣٤. ومسلم في **صحيحه**، كتاب اللعان، ج٢ص١١٣٥، برقم (١٤٩٧).

(٢) القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٠٦.

(٣) ابن حزم، **المحلى**، ج٨ ص٥٢٦.

(٤) القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٠٦.

(٥) انظر: ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢ص٤٧١.

(٦) انظر: الحموي، **غمز عيون البصائر**، ج١ص٢٢٣. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر. **الأشباه والنظائر**. دار الكتب العلمية، ص٦٠.

ودفعا لشرور الأشرار منهم حتى لا يعملوا في الناس جورا، ولا يسوسوا العباد ظلمـا، فتكـون حجتهم أمام من فوقهم من الولاة والحكام، ودونهم من المحكومين، والعامة: علمهم بالأمر.

وهذا ما استقر عليه العمل عند متأخري الحنفية - كما أسـلفت - والعلـة هـي نفـي التهمة[١].

والقول بالمنع كذلك منسوب إلى صحابة النبي ﷺ بل ثابت عنهم كما يقول ابـن القـيم: "...وقد ثبت عن أبي بكر، وعمر، وعبد الرحمن بن عوف، وابن عباس، ومعاوية المنـع مـن ذلك، ولا يعرف لهم من الصحابة مخالف... وهذا من كمال فقه الصحابة - رضي الله - عـنهم فإنهم أفقه الأمة وأعلمهم بمقاصد الشرع، وحكمه، فإن التهمة مؤثرة في باب الشهادة والأقـضية والإقرار والطلاق وغير ذلك، ولا تقبل شهادة السيد لعبده ولا العبد لسيده ولا شهادة الوالد لولده وبالعكس ولا شهادة العدو على عدوه ولا يقبل حكم الحاكم على لنفسه ولا ينفذ حكمه على عدوه ولا يصح إقرار المريض مرض الموت لوارثه ولا لأجنبي عند مالك إذا قامت شواهد التهمة ولا تمنع المرأة الميراث بطلاقه لها لأجل التهمة ولا يقبل قول المرأة على ضرتها أنها أرضـعتها - إلى أضعاف ذلك - للتهمة، ولذلك منعنا - من مسألة الظفر - أن يأخذ المظلوم من ظالمه نظير ما خانه فيه لأجل التهمة، وإن كان إنما يستوفي حقه.

ولقد كان سيد الحكام - صلوات الله وسلامه عليه - يعلم من المنافقين ما يبيح دمـاءهم وأموالهم ويتحقق ذلك ولا يحكم فيهم بعلمه مع براءته عند الله وملائكته وعباده من كل تهمة لئلا يقول الناس إن محمدا يقتل أصحابه، ولما رآه بعض أصحابه مع زوجته صفية قـال: رويـدكما إنها صفية بنت حيي"، لئلا يقع في نفوسهما تهمة له، ومن تدبر الشريعة وما اشتملت عليـه مـن المصالح وسد الذرائع تبين له الصواب في هذه المسالة وبالله التوفيق"[٢].

والذي نخلص إليه: منع القضاء بالعلم، دفعا للتهمة، ونفيا لها، وصونا لمرفق القضاء من أن ينال منه المشككون، ويطعن فيه الطاعنون، ويجد لظلمهم موطنا الظالمون.

وبهذا يكون المختار أن القاضي إذا علم أمرا لا يقضي به حتى تقوم به بينـة، أو تـشهد قرينة بما علم، فإن كان ذلك حكم وإلا فلا، وقد أجمع الفقهاء على أن القاضـي يـرجح بعلمـه، فيقضي بعلمه في تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر إذا لم يكن في المسألة خلاف[٣].

---

(١) انظر: الوفائي الشرنبلاني، **غنية ذوي الأحكام**، ج٢ص٤١٥. وابن عابدين، **الحاشية**، ج٦ص١٥١. ابن الغرس، **الفواكه البدرية**، ص٨٣، ومعه الرشيدي، **المجاني الزهرية**.

(٢) ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٩٣.

(٣) ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢ ص٤٧١.

وقد سبقت الإشارة إلى أن المجيزين للقضاء بالعلم مختلفون في الأمور التي يجوز القضاء به فيها والتي لا يجوز، فمنهم المطلق، وكثير منهم المضيق، وإذا كان اختيارنا عدم القضاء بالعلم، وهو ما استقر عليه رأي الفقه حديثا[1]، وأخذت به الشرائع الوضعية – على ما سيأتي في حينه – فلا أرى ما يدعو إلى بحث ذلك الخلاف وتفصيل الحديث فيه.

ما موقف القاضي إذا تعارضت البينة مع علمه؟

ما سبق هو بيان لآراء الفقهاء في القضاء بعلم القاضي إذا لم تعارضه بينة، أما إذا تعارضا بأن شهدت البينة بخلاف علم القاضي، فما موقف العلماء من ذلك؟

علمنا مما سبق أن القاضي لا يقضي بخلاف علمه باتفاق الفقهاء، وذكر الإجماع على ذلك[2]، يبقى السؤال: ما موقف الفقهاء المانعين من القضاء بالعلم في هذه الحالة؟

ذهب الفقهاء إلى أن القاضي لا يقضي في هذه الحال بعلمه، أو بالبينة، وإنما يتوقف[3]، وتفصيل أقوالهم على النحو الآتي:

أما فقهاء الحنفية فقد ذكر ابن عابدين في حاشيته أن القاضي إذا علم خلاف البينة له أن يحول – أي له سلطة إثبات الحيلولة - بين من يعلم كذب بينته وما شهدت به حسبة لا قضاء، ويضعه تحت يد أمين إلى أن يثبت ما علمه بوجه شرعي[4].

---

(١) منع القضاء بالعلم هو ما رجحه فقهاء العصر، واستقر عليه رأي الفقه الحديث، نقل الزحيلي عن الشيخ أبو سنة قوله: "أفتى المتأخرون بأن علم القاضي لا يكون طريقا للقضاء في جميع الحوادث لفساد الزمان فلقد غلب الظلم وكثرت العداوات والأحقاد، بحيث أصبح القاضي مشكوكا في صدق دعواه بالحادثة، متهما في قضائه بعلمه، فعملا بالاحتياط في أمر الدماء والأعراض والأموال عمل المتأخرون بخلاف ظاهر الرواية"، انظر هذا النص عند الزحيلي، **وسائل الإثبات**، ص٥٨٢.

(٢) انظر: الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٤ص٣٠٧. وقليوبي وعميرة في **حاشيتيهما**، ج٤ص٣٠٥. وابن أبي الدم في **أدب القضاء**، ص١٠٥. وابن رشد في **بداية المجتهد**، ج٢ ص٤٧٠. وقد وجد من الفقهاء من خالف هذا الإجماع، وهو ابن المواز المالكي، ولم أعثر – فيما قدر لي النظر فيه من مؤلفات فقهائنا – على سواه مخالفا هذا الإجماع، ونقل قوله هذا ابن فرحون في **التبصرة**، والتسولي في البهجة، جاء في التبصرة: "...وقال ابن المواز في كتابه: إذا شهد العدول عند القاضي بشيء, يعلم القاضي أن الذي شهدوا به باطل, فلا يجوز له رد شهادتهم، وينفذ شهادتهم بعد الانتظار اليسير, واستحسن لو خلا بهم فأعلمهم بعلمه وشهادتهم, فلعله ينكشف لهم بقوله ما وراء ذلك, فإن لم يكن فليحكم بشهادتهم, وأرى أن يعلم الذي حكم عليه أن له عنده شهادة. ولا ينبغي له أن يبطل الشهادة، ولا يردها، ولا أن يمضي منها ما ليس بباطل, ويرد ما هو باطل"، التبصرة، ج١ص٢١٢. وانظر التسولي، علي بن عبد السلام، (١٣٩٧-١٩٧٧). **البهجة في شرح التحفة**. (ط٣). بيروت: دار المعرفة، ج١ص٤٤. ولا أرى هذا القول جديرا بالاتباع فضلا عن أن يكون جديرا بالعمل، فكيف يقضي القاضي بما يعلم كذبه، وكيف للظن أن يقدم على العلم، فهذا مما لا يستقيم القول به في دين الله تعالى.

(٣) انظر: ابن عابدين، **الحاشية**، ج٥ ص٤٣٩. عليش، **منح الجليل**، ج٨ ص٣٦٠. المواق، **التاج والإكليل**، ج٨ ص١٤٥. الكافي، **إحكام الأحكام**، ص٢٠. اطفيش، **محمد بن يوسف**. **شرح النيل**. مكتبة الإرشاد، ج٣ ص١٠٣. الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٤ص٤٢٧. قليوبي وعميرة، **حاشيتان**، ج٤ص٣٠٦. الهيتمي، **الفتاوى الفقهية الكبرى**، ج ص. الجمل، سليمان بن منصور العجيلي. **الحاشية**. دار الفكر، ج٥ص٣٤٩. ابن مفلح، **الفروع**، ج٦ ص٤٦٩.

(٤) ابن عابدين، **الحاشية**، ج٥ ص٤٣٩.

وأما فقهاء المالكية[١] والشافعية[٢] فذهبوا إلى القول بتوقف القاضي في هذه الحالة، ويرفعها إلى قاض آخر ويكون شاهدا بما علم أمام القاضي المختار.

جاء في التاج والإكليل نقلا عن سحنون: "ولو شهد عندي عدلان مشهوران بالعدالة وأنا أعلم خلاف ما شهدوا به لم يجز أن أحكم بشهادتهما ولا أن أردهما لعدالتهما, ولكن أرفع ذلك إلى الأمير الذي فوقي وأشهد بما علمت وغيري بما علم"[٣].,

وللحنابلة مثل ذلك، فقد قالوا بالتوقف، لكن على القاضي أن يأمر بالصلح، جاء في الفروع نقلا عن الترغيب، وغيره: " لا يجوز الحكم بضد ما يعلمه، بل يتوقف، ومع اللبس يأمر بالصلح"[٤].

ولعله إن لم يصطلحا أن يرفعهما إلى آخر.

مناقشة ابن حزم فيما ذهب إليه:

مر معنا أن ابن حزم قدم العلم على الإقرار، ويبدو - والله أعلم – أنه انفرد بهذا الرأي، فلم أقف - في حدود ما اطلعت عليه من أقوال الفقهاء - على من يوافقه في ذلك، بل هناك من يصرح بمخالفته، فقد جاء في مغني المحتاج عن البلقيني ما يشير إلى التصريح بتقديم الإقرار على العلم، يقول: لو علم القاضي إبراء الدائن المدين من الدين، وعلم المدين بذلك، ثم أقر – أي المدين –عند القاضي أن دين الدائن باق عليه، وهو يعلم صدور الإبراء من الدائن، أنه يقضى على المقر بإقراره وإن خالف علمه.

هذا وإن أجيب عنه بأن الإقرار المتأخر من الخصم رفع حكم الإبراء فصار العمل بالإقرار[٥]، لكنه يشير إلى مبدأ ثابت حول قوة الإقرار الإثباتية.

وفي الجملة فإن نصوص الفقهاء تشير إلى خلاف ما ذهب إليه ابن حزم، فهي تنص على أن الإقرار سيد الأدلة، ويصرحون بأنه أقوى البينات وأصدقها[٦]، ولا أظن العلم إلا واحدا منها، فإذا توافقا كان القضاء بكليهما، أو بأحدهما، وقد اختلف الفقهاء إذا وقع الإقرار أمام

---

(١) انظر: عليش، **منح الجليل**، ج٨ ص٣٦٠. المواق، **التاج والإكليل**، ج٨ ص١٤٥. التسولي، **البهجة في شرح التحفة**، ج١ص٤٤. التاودي، أبو عبدالله محمد، شرح على بهجة التسولي مسمى بـ **حلى المعاصم**، مطبوع مع البهجة. الكافي، **إحكام الأحكام**، ص٢٠. اطفيش، **شرح النيل**، ج٣ ص١٠٣.

(٢) انظر: الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٤ص٤٢٧. قليوبي وعميرة، **حاشيتان**، ج٤ص٣٠٦. الهيتمي، **الفتاوى الفقهية الكبرى**، ج ص. الجمل، **الحاشية**، ج٥ص٣٤٩.

(٣) المواق، **التاج والإكليل**، ج٨ ص١٤٥.

(٤) ابن مفلح، **الفروع**، ج٦ ص٤٦٩.

(٥) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٣٩٨.

(٦) انظر: قاضي زاده، **تكملة فتح القدير**. ج٨ص٣٢١. الطرابلسي. **معين الحكام**. ص١٢٥. ابن فرحون، **التبصرة**. ج٢ص٥٦. ابن حسين المكي، محمد بن الحسين. **تهذيب الفروق**. مطبوع مع الفروق. ج٤ص٢٢٩. الشيرازي، **المهذب**. ج٢ص٤٧٩. العز بن عبدالسلام، **قواعد الأحكام**. ج٢ص٢٤٢. ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص١٠٦. الأسيوطي، **جواهر العقود**. ص١٥. ابن قدامة، **المغني**. ج٥ص٢٧١. ابن المرتضى، **البحر الزخار**، ج٦ص١٥.

القاضي بأيهما يكون القضاء، به، أم بالعلم[١]؟ والمحصلة واحدة وهي الحكم المتفق مع الإقرار والعلم.

لكن ابن حزم كما أسلفت صرح بأن علم القاضي فوق طرق الإثبات كلها، وأوجب على القاضي إذا علم شيئا أن يقضي به، يقول: "وفرض على الحاكم أن يحكم بعلمه في الدماء، والقصاص، والأموال، والفروج، والحدود، وسواء علم ذلك قبل ولايته، أو بعد ولايته، وأقوى ما حكم بعلمه؛ لأنه يقين الحق، ثم بالإقرار، ثم بالبينة"[٢].

وأرى أن رأي ابن حزم هذا فيه نظر؛ لأن الظن المستفاد من العلم مساويا للظن المستفاد من الإقرار إن لم يكن دونه، لأنه لا يعقل أن يقر الإنسان على نفسه خلاف الحقيقة التي يعلمها القاضي، فالعاقل لا يلحق الأذى بنفسه، أما القاضي فلا يبعد أن يلحق الأذى بغيره، فهذه شبهة تجعل الإقرار مساويا للعلم إن لم يكن فوقه، فما من حق أحد أن يقدم العلم على الإقرار، والأولى بالتقديم هو الإقرار.

هذا لو سلمنا بالقضاء بالعلم، فكيف ونحن نرده ولا نعمل به، لما يلحقه من شبهة التهمة، فلو تركه القاضي وحكم بعلمه، لكانت التهمة أشد، والطعن في أحكامه أحد، وقد منعناه من القضاء بعلمه لو لم يعارضه شيء من البينات، فكيف وقد عارضه شيء منها، فضلا عن أن يكون سيدها، الذي يفيد العلم لا الظن.

من هذا يتبين لنا أن الفقهاء المجيزين للقضاء بالعلم عدا ابن حزم يتفقون مع المانعين في عدم تقديمه على الإقرار.

موقف القانون من قضاء القاضي بعلمه:

ذهب القانون الوضعي إلى منع القضاء بالعلم، بل إن من المبادئ المهمة والمستقرة في الإثبات في القانون ما يعرف بمبدأ حياد القاضي، ومعنى ذلك أن دور القاضي يقتصر على تلقي ما يقدمه أطراف النزاع من أدلة في الدعوى، وتقدير قوة كل دليل وفقا لقوته الممنوحة له قانونا، وليس من عمل القاضي جمع الأدلة وتحريها.

فإذا ما علم أمرا ترتب عليه حق ترافع به أمام قاض آخر[٣].

---

(١) جمهور الفقهاء على أن القاضي لو علم بالإقرار وحكم به يكون حكما بالإقرار لا بالعلم، وفي المسألة تفصيل يراجع في مظانه. انظر: ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم. **البحر الرائق** شرح كنز الدقائق. دار الكتاب الإسلامي، ج٧ص٤٥. معه ابن عابدين، **حاشية على البحر الرائق**. ابن عابدين، **الحاشية**، ج٥ص٣٧١. ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص١٤٣. ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص١٠٥. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٣٩٨. ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص ١٩٦.

(٢) ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٥٢٣.

(٣) انظر: نشأت، **رسالة الإثبات**، ج١ص١٥. فرج: توفيق وعصام،(٢٠٠٣م). **قواعد الإثبات**. بيروت: منشورات الحلبي، ص٢٥. العبودي، **شرح أحكام قانون الإثبات**، ص٨٧. أبو البصل، عبد الناصر، (١٩٩٩). **شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية**. (ط١). عمان: دار الثقافة، ٥٦.

ولم يكن من قبيل القضاء بالعلم بناء الأحكام على ما استفاده من خبرة في الشؤون العامة المفروض إلمام الكافة بها[١].

وبهذا يكون ما ذهب إليه القانون في هذه المسألة متفقا مع ما استقر عليه رأي الفقه حديثا من منع القضاء بالعلم.

المطلب الثاني

ما أفاد الظن من طرق الإثبات، وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول - الشهادة:

الشهادة في اللغة: مفرد شهادات، من شَهِدَ شهادة، وهي الخبر القاطع، وتأتي بمعان عدة منها: العلم، والحضور، والحلف، والمعاينة ونحو ذلك[٢].

والشهادة شرعا: إخبار الشخص بحق لغيره على غيره بلفظ أشهد[٣].

الشهادة تفيد غالب الظن ولا تفيد العلم اليقيني:

يقرر الفقهاء أن الشهادة تفيد غالب الظن، ولا تفيد العلم واليقين[٤]، يقول السرخسي في المبسوط: "...القياس يأبى كون الشهادة حجة في الأحكام; لأنه خبر محتمل للصدق والكذب والمحتمل لا يكون حجة ملزمة, ولأن خبر الواحد لا يوجب العلم، والقضاء ملزم، فيستدعي سببا موجبا للعلم وهو المعاينة، فالقضاء أولى. ولكنا تركنا ذلك بالنصوص التي فيها أمر للحكام بالعمل بالشهادة من ذلك قول الله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾[٥]. وقال الله

---

(١) انظر: نشأت، **رسالة الإثبات**، ج١ص١٥. فرج، **قواعد الإثبات**، ص٢٥. العبودي، **شرح أحكام قانون الإثبات**، ص٨٧.

(٢) للمزيد انظر: الزبيدي، محمد مرتضى الزبيدي. **تاج العروس من جواهر القاموس**. بيروت: مكتبة الحياة، فصل الشين، باب الراء، ج٢ ص٣٩١-٣٩٣. الفيروز آبادي، (١٣٧١-١٩٥٢). **القاموس المحيط**. (ط٢). مصر: البابي الحلبي، باب الدال، فصل السين والشين، ج١ ص٣١٦-٣١٧. رضا، الشيخ أحمد، (١٣٧٨هـ). **معجم متن اللغة**. بيروت: مكتبة الحياة، باب الشين، ج٣ ص٣٨٤-٣٨٧.

(٣) عرف الشهادة بهذا التعريف فقهاء الشافعية، واختاره الدكتور محمد الزحيلي في كتابه **وسائل الإثبات**، ص١٠٥.

(٤) انظر: ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٩٦. المرداوي، **الإنصاف**، ج١٢ص٣. البهوتي، **منتهى الإرادات**، ج٣ص٥٣٣. الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، ج٦ص٥٣١. الهيتمي، **تحفة المحتاج**، ج٦ص٥٣. الأنصاري، **شرح البهجة**، ج١ص١٣٦. وله **أسنى المطالب**، ج١ص٥٦. حيدر، **درر الحكام**، ج٤ص٣٨٤. ابن حسين المكي، **تهذيب الفروق**، ج٤ص٣٢. اطفيش، **شرح النيل**، ج٤ص٣٦٤.

(٥) سورة البقرة آية ٢٨٢.

تعالى: ﴿ ٱثۡنَانِ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾[١]، وقال صلى الله عليه وسلم: "البينة على المدعي"[٢], وفيه معنيان:

أحدهما - حاجة الناس إلى ذلك; لأن المنازعات والخصومات تكثر بين الناس وتتعذر إقامة الحجة الموجبة للعلم في كل خصومة والتكليف بحسب الوسع.

والثاني - معنى إلزام الشهود حيث جعل الشرع شهادتهم حجة لإيجاب القضاء مع احتمال الكذب إذا ظهر رجحان جانب الصدق وإليه أشار النبي ﷺ في قوله: "أكرموا الشهود فإن الله تعالى يحيي الحقوق بهم"[٣]..."[٤].

فهي وإن حظيت بقبول واسع ومكانة سامقة في الفقه لم يمنحها ذلك أكثر من كونها حجة مقبولة يحكم بها الحاكم، لكنها لا تفيد سوى ظن غالب، وما دامت كذلك فما من شك في أن ما أفاد العلم واليقين كالتواتر، والإقرار يتقدمها إذا ما عارضها شيء من ذلك، وما عدا ذلك ففيه تفصيل أبينه في حينه من هذه الدراسة.

تراجع القوة الإثباتية للشهادة:

تعد الشهادة أكثر طرق الإثبات تداولا وشيوعا، وقد حظيت باهتمام كبير في الفقه الإسلامي، حتى عدها بعض الفقهاء في المرتبة الأولى من بين طرق الإثبات، يقول الزحيلي: "نلاحظ أن الفقه الإسلامي جعل الشهادة في المرتبة الأولى في الإثبات، وأنها ذات حجية مطلقة في جميع الوقائع والحوادث، ولم يقيد الفقهاء حجيتها في مجال معين، وقدموها على الكتابة وسائر وسائل الإثبات، أما التشريع القانوني الحديث فقد أطاح بالشهادة عن مكانها الرفيع، ومركزها الأسمى وجعل الإثبات بالكتابة هو الأصل، والشهادة هي الاستثناء في حالات الضرورة، ولكنه لم يلغ الشهادة أو يحذفها من وسائل الإثبات"[٥].

---

(١) سورة المائدة آية ١٠٦.

(٢) رواه مسلم في **صحيحه**، كتاب الاقضية، باب اليمين على المدعى عليه، ص ١٣٣٦، وجاء بلفظ ولكن اليمين على المدعى عليه.

(٣) ذكره المناوي، عبد الرؤوف، (١٣٥٦هـ). **فيض القدير**. **(ط١)**. مصر: المكتبة التجارية الكبرى، ج٢ص٩٤. والقضاعي، محمد بن سلامة، (١٤٠٧-١٩٨٦). **مسند الشهاب**. (ط٢). تحقيق حمدي السلفي، بيروت: مؤسسة الرسالة، باب أكرموا الشهود، ج١ص٤٢٦، رقم(٧٣٢). وهو حديث ضعيف، ذكره الألباني في السلسلة الضعيفة، وقال فيه: منكر. انظر الألباني، محمد ناصر الدين، (١٤٢١-٢٠٠٠). **السلسلة الضعيفة**. (ط١). الرياض: مكتبة المعارف، ج٦ ص٤٣٨، رقم (٢٨٩٨).

(٤) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦ ص١١٢.

(٥) انظر: الزحيلي، **وسائل الإثبات**: ص١٣٤.

ويقصد بالمرتبة الأولى أنها أكثر البينات اشتهارا وانتشارا، وكذلك قبولا، فهي مقدورة ميسورة لاسيما في القديم، وهي حجة مقبولة في جميع الدعاوى، وليس المقصود أنها أكثرها حجية، وإثباتا فلا يقوى غيرها من البينات على معارضتها، فهذا مما لم يقل به أحد.

والشهادة وإن كانت في الشرع حجة مطلقة - بمعنى أنه يمكن أن يتوصل بها إلى إثبات كل ما يحتاج إلى إثبات، ويتقاضى حوله - إلا أنها لم تعد تتمتع بتلك القوة التي منحتها، ونتلمس جوانبها عند فقهائنا قديما: إما لتغير الزمان وما رافقه من خراب للذمم، ورقة في الدين، وتجرؤ على المنكرات: من كذب، وزور ونحوه.

وإما لما استجد من طرق إثبات أو تطور منها فجعلها تفوق الشهادة قوة، وتقدم عليها، إضافة إلى سهولة هذه الوسائل ويسرها، كالكتابة مثلا.

هذا بالإضافة إلى أنها حجة ظنية لا قطعية بالاتفاق[1]، وما دامت كذلك فهي تتأرجح بين التقديم والتأخير حيال ما قابلها من البينات، وقد تفيد مقابلتها علما، أو ظنا فوق الظن المستفاد من الشهادة، فأرى أن تغير الزمان أثر في مدى الركون إليها.

والأمر نفسه نجده في القانون الوضعي، فقد ضيق مجالها، وحجيتها، فلم تعد صالحة في القانون الوضعي للإثبات في الوقائع والحوادث كافة، بل حصرت في بعض الجوانب، وبعض الأمور، وكان قبولها خاضعا لنظر القاضي في كافة أحوالها إن اقتنع بها، وإلا ردها ولم يعمل بها.

يقول الأستاذ السنهوري في هذا الصدد - أي سبب تراجع الشهادة عن مكانتها الطبيعية في القانون المدني: " ... فالبينة تقوم على أمانة الشهود، والشهود - حتى إذا هم لم يكذبوا - معرضون للنسيان، ثم إن الدقة تنقصهم، هذا إلى أنه إذا أفسح المجال للإثبات بالبينة، وأصبح اعتماد القضاء عليها، كثرت القضايا الكيدية لسهولة الحصول على شهود زور يشهدون بالباطل، أما الكتابة فكفتها راجحة، ومتى كانت بعيدة عن التزوير، فهي أدق أداء وأكثر ضبطا للوقائع، ثم هي لا يرد عليها النسيان، فهي دليل هيئ مقدما ليحيط بالواقعة المراد إثباتها إحاطة شاملة؛ لأنها إنما أعدت لهذا الغرض. من أجل ذلك أنزل القانون البينة دون منزلة الكتابة، لا فحسب من ناحية أن جعل البينة ذات قوة محدودة في الإثبات، بل أيضا بأن جعل للقاضي بالنسبة إلى البينة سلطة تقدير واسعة. هي أكبر بكثير من سلطته بالنسبة إلى الكتابة، فالقاضي ينظر، أولا، هل الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجيزها القانون مستساغ؟ فإذا كان مستساغا نظر، ثانيا، هل

---

(1) انظر: ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٩٦. الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، ج٦ص٥٣١. الهيتمي، **تحفة المحتاج**، ج٦ص٥٣. الأنصاري، **شرح البهجة**، ج١ص١٣٦. حيدر، **درر الحكام**، ج٤ص٣٨٤. ابن حسين المكي، **تهذيب الفروق**، ج٤ص٣٢. اطفيش، **شرح النيل**، ج٤ص٣٦٤.

الوقائع المراد إثباتها بالبينة متعلقة بالحق المدعى به ومنتجة في إثباته؟ وهو بذلك يتمتع بسلطة تقدير أوسع مما له في الكتابة"[١].

فنلاحظ أن القانون أخر الشهادة عن المرتبة الأولى، للاعتبارات السابقة، وفي الشريعة الغراء فبرغم أن الشهادة تعتمد - إلى حد كبير - على قوة الوازع الديني في نفس الشاهد، وعلى أمانته وصدقه، إلا أنها - أي الشريعة - لم تغفل هذا الجانب، فقد نبه القرآن الكريم إلى ضرورة التأكد من صدق الشاهد، فقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا﴾[٢] وزاد على ذلك بأن اشترط في الشاهد صفة العدالة، وهي الاستقامة في الدين[٣]، فقال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[٤]، فلا تقبل شهادة من ليس بعدل، والرسول عندما سئل عن الشهادة قال للسائل: "أترى الشمس؟ قال نعم، قال: فعلى مثلها فاشهد، أو دع"[٥]، كل ذلك إنما كان من أجل أن تخرج الشهادة خالصة من كل شائبة تشوبها، وهذا بخلاف القانون الذي أغفل ذلك كله، واعتمد على ظواهر الأمور فحسب. يقول الدكتور الزحيلي في كتابه (وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية): "لقد أحاط المشرع الكريم الشهادة بسياج متين، وضمان أكيد، لأداء مهمتها والقصد منها، وتجنب الانحراف بها عن الصراط المستقيم.

أما القانون فقد جاء لمعالجة الواقع القائم الذي يسوده الفساد والانحراف، ويرتكز على المبادئ المادية والأخلاق البالية، فلا يقيم وزنا لحق ولا قيمة لعدل إلا بقوة القانون ورهبة الحاكم، وهذا الواقع لا يغير من قيمة الشهادة شيئا، ولا ينقص من مكانتها، بدليل أن القانون أجاز أقوال أهل الخبرة، وأعطى القضاة سلطة تقديرية مطلقة في تقدير الشهادة والقرائن، رغم الاشتراك مع الشهود في احتمال الكذب، والتزوير، والواقع القضائي يطل علينا يوميا بالمظالم والرشوات والتحيز والانحراف من القضاة أهل الخبرة مما يندى لها جبين"[٦].

---

(١) السنهوري، **الوسيط**: ج٢ ص٣١٣.
(٢) الحجرات آية ٦.
(٣) للعدالة تعريفات متعددة عند الفقهاء، ما سبق هو ملخص لبعضها، يراجع: عليش، **منح الجليل**، ج٨ ص٣٨٧. ابن حزم، **المحلى**،ج٨ ص٤٧٢.
(٤) الطلاق، آية ٢.
(٥) رواه البيهقي، **السنن الكبرى**. والصنعاني، محمد بن إسماعيل، (١٤١١-١٩٩٢). **سبل السلام**. (ط١). تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، بيروت: دار الفكر، وضعفاه، قال البيهقي: "لم يرد من وجه يعتمد عليه". وقال الصنعاني: "أخرجه ابن عدي بإسناد ضعيف، وصححه الحاكم فأخطأ"، انظر: البيهقي، ج١٠ ص١٥٦. والصنعاني، ج٤ ص٤٤١.
(٦) الزحيلي، **وسائل الإثبات**: ص١٣٥.

القيمة الاثباتية للشهادة:

أولا – الترجيح بقوة البينة:

علمنا أن الشهادة تفيد ظنا راجحا، ولا تفيد علما، وما دامت كذلك فقد تتعارض معها أخرى، عندها لا يخلو: إما أن تكون معارضتها فوقها قوة، أو دونها، أو أنهما متساويتان، فهي - بدون شك - مرجوحة بما فوقها، راجحة بما دونها، متساوية بما ماثلها.

أما ما كان فوقها قوة فلا تصمد أمامه، فلو بلغ التواتر قاضيا أن هذا بيت فلان ورثه، أو اشتراه، وما زال كذلك، وشهد عدلان أنه ملك فلان ورثه، أو ابتاعه فلا قيمة لهذه الشهادة أمام ذاك التواتر، فترد به، ولا تقف أمامه.

أما ما كان دونها ظنا وإثباتا فمقدمة عليه، ومن ذلك الشاهد الواحد أمام الشاهدين، كما لو شهد عدلان على رجل بسرقة في ساعة كذا، وشهد آخر أنه لم يسرق وأنه كان في بيته تلكم الساعة، فإن السرقة تثبت في حقه، فيغرم المسروق، ولكن لا يحد درءا بالشبهة الحادثة، وهي بينة الشاهد[١].

أما ما أفاد غالب الظن من طرق الإثبات، وكان بينة تامة ففي الحديث عن معارضته للشهادة تفصيل يأتي معنا بيانه في مناح عدة من هذه الدراسة إن شاء الله تعالى.

ثانيا – الترجيح بقوة الشهادة:

هل الشهادة بكافة صورها وأشكالها في قوة واحدة، أم أن هناك اختلافا؟

بمعنى أنه لو تعارضت شهادة رجلين مع رجل وامرأتين، أو مع شاهد ويمين المدعي أو نحو ذلك فأيهما أرجح؟ للإجابة أدرس هذه المسألة ضمن الخطوات الآتية:

أولاً - شهادة الرجال:

أما شهادة الرجال، فهي مقبول في كل شيء، في الحدود والقصاص، والأموال، وكل ما يثبت بشهادة الشهود يثبت بشهادتهم، وهي في بعض ذلك – الحدود والقصاص - تقبل وحدها، ولا تقبل فيها شهادة النساء في مذهب جمهور الفقهاء، وفي بعضها الآخر تقبل مع النساء كما تقبل وحدها كذلك.

---

(١) بين العلماء أن سقوط الحد (القطع) لا يعني بالضرورة سقوط الغرم، انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج٩ص١٦٧. ميارة، **الشرح**، ج٢ص٢٦٨. الشافعي، **الأم**، ج٦ص١٦٦. اطفيش، **شرح النيل**، ج١٤ص٧٩٤.

أما ما تقبل فيه وحدها فهو الحدود والقصاص، قال بذلك جمهور الفقهاء[١]، واستدلوا بما جاء عن الزهري[٢]:" مضت سنة الرسول ﷺ والخليفتين من بعده أن لا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص"[٣].

وقالوا: إن الحدود والقصاص مبناها الدرء بالشبهة، وفي شهادة النساء شبهة الغفلة والنسيان[٤].

وليس هذا القول عندي براجح، بل أظنه مرجوحا؛ لضعف دليله، فالحديث السابق ضعيف، لا تقوم به حجة، وكذلك فإن دلالته على نفي جريان العادة على عدم وقوفهن على مثل هذه الأمور آكد من دلالته على عدم الجواز، ولم يسجل التاريخ أنه أقيم حد الزنا مثلا بشهادة الشهود، رجالا كانوا أو نساء، فكيف تمضي السنة بعدم جواز شهادتهن في ذلك إذا كان الرجال أنفسهم لم يشهدوا في ذلك شهادة توجب حدا.

---

(١) انظر: الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٤٢٤. ابن الهمام، **فتح القدير**، ج٧ ص٣٦٩. العيني، البناية، ج٧ ص١٢٥-١٢٦. عليش، **منح الجليل**، ج٨ ص٤٤٤. ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢ ص٤٦٤. الشيرازي، **المهذب**، ج٢ ص٤٦٤-٤٦٥. الرملي، محمد ابن شهاب الدين الشهير بالشافعي الصغير. **نهاية المحتاج الى شرح المنهاج**. دار الفكر، ج٨ ص٣١٠-٣١١. ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ ص٦-٧. ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٦٠.

(٢) هو أبو بكر، محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهري المدني، ولد سنة ٥٨هـ، أحد الفقهاء السبعة، وأحد الأعلام المشهورين، أول من دون الحديث، توفي سنة ١٢٤هـ. انظر ترجمته: ابن العماد، **شذرات الذهب**، ج٢ ص٩٩-١٠١. ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، **تهذيب التهذيب**، دار صادر، بيروت، ج٩ ص٤٤٥- ٤٥١.

(٣) رواه: ابن أبي شيبة، **المصنف**، ج٦ص٥٤٤، برقم (٨٧١٤). ابن حجر، **التلخيص الحبير**، وزاد في رواية: ... ولا في النكاح ولا في الطلاق، ج٤ص٣٨٠، رقم(٢٦٧٩). ابن الملقن، عمر بن علي الأنصاري، (١٤١٠هـ). **خلاصة البدر المنير**. (ط١). تحقيق حمدي السلفي، الرياض: مكتبة الرشد، ج٢ ص٤٤٨. ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني. **الدراية في تخريج أحاديث الهداية**. تحقيق عبد الله المدني، بيروت: دار المعرفة، ج٢ ص١٧١. الزيلعي، **نصب الراية**، ج٥ص٧٦. الشوكاني، **نيل الأوطار**، ج٧ ص١٨٣. والحديث ضعيف؛ لأن في إسناده الحجاج بن أرطأة وهو ضعيف. يقول الشوكاني: "وقد أخرج قول الزهري المذكور ابن أبي شيبة بإسناد فيه الحجاج بن أرطأة وهو ضعيف، مع كون الحديث مرسلا لا تقوم بمثله الحجة، فلا يصلح لتخصيص عموم القرآن باعتبار ما دخل تحت نصه، فضلا عما لم يدخل تحته بل ألحق به بطريق القياس" انظر: الشوكاني، **نيل الأوطار**، ج٧ ص١٨٣. وأخرجه ابن حجر عن مالك عن عقيل عن الزهري، وقال: "ولا يصح عن مالك"، انظر **تلخيص الحبير**، ج٤ ص٢٠٧. وضعفه ابن حزم، يقول: "وأما الخبر الذي صدرنا به من قول الزهري: مضت السنة...فبلية، لأنه منقطع من طريق إسماعيل بن عياش، وهو ضعيف عن الحجاج بن أرطأة وهو هالك" ابن حزم، المحلى، ج٨ ص٤٨٨. والحديث مضطرب، فجاء مرة" بالحدود والقصاص"، ومرة "بالحدود والنكاح والرجعة" والمضطرب من أقسام الضعيف.

(٤) انظر: ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٧ ص٣٦٩.

وذهب عطاء بن أبي رباح من التابعين، وأهل الظاهر[١]، وأغلب فقهاء العصر إلى أن شهادتهن مقبولة في ذلك[٢]، وقد تأول معاصرون من أهل الفقه ما ذهب إليه الجمهور أنه كان نتيجة للعادة السائدة في ذلك الزمان، وفي أغلب الأزمان، فالغالب في النساء أن لا يشهدن مثل هذه الأمور، بسبب القرار في البيوت، يقول الشيخ الغزالي - رحمه الله - في كتابه (السنة النبوية بين أهل الفقه وأهل الحديث): "... وإذا كان المسلمون الآن أكثر من مليار نفس فما معنى التطويح بكرامة خمسمائة مليون امرأة لقول أحد من الناس. المأساة أننا نحن - المسلمين - مولعون بضم تقاليدنا وآرائنا إلى عقائد الإسلام وشرائعه؛ لتكون دينا مع الدين، وهديا من لدن رب العالمين، وبذلك نصد عن سبيل الله..."[٣].

واستدل هؤلاء على جواز شهادتهن بعموم النصوص من القران والسنة الصحيحة التي تجيز شهادة الشاهد على الإطلاق دون تحديد جنسه، ولم تشترط فيه سوى أن يكون عادلا ضابطا متثبتا، وهذه تستطيعها النساء كما الرجال، ولا تقبل الشهادة في مثل هذه الأمور ولا في غيرها حال الاضطراب والتشكك من الرجال ولا من النساء على حد سواء.

وذهب آخرون إلى أن شهادتهن مقبولة في كل شيء سوى الزنا، وغيرهم ذهب إلى أنها تقبل في القصاص دون الحدود[٤]، وهكذا فالمسألة محل خلاف، وقد ملت في دراسة سابقة لي حول هذا الموضوع إلى ترجيح مذهب المجيزين مادمن عدلات ضابطات واعيات لما يشهدن به واجتمعت فيهن شروط الشهادة الشرعية، ومما يؤيد ذلك أن الله تعالى جعل شهادتها مساوية لشهادة الرجل وداحضة لها في اللعان، وكذلك قبلها الفقهاء في مثل هذه الأمور في الأماكن التي يجتمع فيها النساء كالحمامات النسائية العامة، والمتنزهات، والأعراس وهكذا[٥]، وقبلنا روايتهن فيما يتعلق بأمور ديننا، فقد روى الفقهاء عن الصحابيات الكثير من تعاليم هذا الدين لاسيما نساء

---

(١) ابن حزم، **المحلى**، ج٨ ص٤٧٦، ٤٨٠. ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ ص٦. ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٥٠.

(٢) قال به: شلتوت، محمود، (١٤١٠-١٩٦٥). **الإسلام عقيدة وشريعة**. (ط١٦). القاهرة: دار الشروق، ص٢٣٩. والقرضاوي، يوسف. **مركز المرأة في الحياة الإسلامية**، وهو كتاب من سلسلة رسائل له في ترشيد الصحوة، عمان: دار الفرقان، ص ١٧-١٩. الغزالي، محمد الغزالي (المعاصر)، (١٩٨٩م). **السنة النبوية بين أهل الفقه وأهل الحديث**. (ط٤). **القاهرة - بيروت**: دار الشروق، ص٥٩. البوطي، محمد سعيد رمضان، (١٤١٧-١٩٩٦). **المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني**. (ط١). دمشق: دار الفكر، وبيروت: دار الفكر المعاصر، ص١٤٧- ١٤٨. بلتاجي، محمد، (١٤٢٠-٢٠٠٠). **مكانة المرأة في القرآن والسنة الصحيحة**. (ط١). دار السلام، ص ٣٤١- ٣٥٠.

(٣) الغزالي، **السنة النبوية بين أهل الفقه وأهل الحديث**، ص٥٩.

(٤) انظر: الشوكاني، **نيل الأوطار**، ج٧ص٤٣. ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٥٠.

(٥) قال بهذا بعض فقهاء الحنفية، انظر: ابن عابدين، **الحاشية**، ج٧ ص٧٥.

النبي، واستدركت السيدة عائشة على كبار الصحابة وبينت خطأهم، فكيف يقبلن فيما عظم شأنه، ويتركن فيما دونه؟ فأمور الدين من أعظم الأمور.

وسواء قلنا بجواز شهادتهن أو عدمه فالنتيجة واحدة بالنسبة للشهادة في الحدود قوة وضعفا، فإذا كان المشهود به حدا دحضت شهادة الشهود فيه بكل شبهة حادثة، فتدحض بما هو دونها إثباتا وقوة، كما هو الحال في مثيلتها، أو ما كان فوقها؛ للآثار الثابتة في وجوب درء الحد، ودفع القتل بالشبهة، وبهذا تبطل الشهادة المثبتة للحد أو القتل عملا، ومن تلكم الآثار ما جاء عن أم المؤمنين عائشة - رضي الله تعالى عنها - قالت - قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم, فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة"[١] ومثل ذلك كثير، وهذا يفيد أن الحد يدرأ بكل شبهة تطرأ ولو بسيطة، ومن ذلك أن تشهد بينة بخلاف بينة الحد وهي شهادة الشهود، وهو مذهب عمر والصحابة[٢]، وبه قال الجمهور من الفقهاء فقد ذكروا في امرأة شهد عليها أربعة عدول بالزنا، وشهد ثقات من النساء على أنها بكر، سقطت شهادة العدول، ودرئ عنها الحد[٣]، وخالف في ذلك المالكية، فقالوا: تحد؛ لأن الحد ثبت بالبينة ولا يسقط بالشبهة[٤]، وقال بقول الجمهور من المالكية اللخمي فأسقط الحد بشهادتهن[٥].

---

(١) أخرجه الحاكم في **مستدركه**، وقال: "صحيح الإسناد ولم يخرجاه". ج٤ ص٤٢٦، رقم (٨١٦٣). والبيهقي في **السنن الكبرى**، باب ما جاء في درء الحد، أورده من طرق عدة موقوفا، وفي بعضها منقطعا وموقوفا، وقال في رواية الزهري: "هي أصوبها"، ج٨ ص٢٣٨. المناوي، **فيض القدير**، نقل عن الذهبي: "وأجود ما في الباب : خبر البيهقي ادرؤوا الحدود والقتل ...، قال : هذا موصول جيد". ج١ ص٢٢٧. المباركفوري، **تحفة الأحوذي**، ج٤ ص٥٧٣. وفي الباب روايات أخرى منها: "ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا"، أخرجه ابن ماجة في **سننه** في باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات، ج٢ص٨٥٠، رقم(٢٥٤٥). والمباركفوري، **تحفة الأحوذي**، ج٤ ص٥٧٣. وذكر الزيلعي في نصب الراية أنه مرفوع، انظر: **نصب الراية**، ج٣ ص٣٠٩. وكذلك رواية "ادرؤوا الحدود بالشبهات"، وقد ضعف الشوكاني هاتين الروايتين. قال: "وأصح ما فيه حديث سفيان الثوري عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله بن مسعود: قال: (ادرءوا الحدود بالشبهات, ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم)، وروي عن عقبة بن عامر ومعاذ أيضا موقوفا, وروي منقطعا وموقوفا على عمر. ورواه ابن حزم في كتاب الاتصال عن عمر موقوفا عليه، قال الحافظ: وإسناده صحيح". انظر: **نيل الأوطار**، ج٧ص ١٢٥، ومثل هذا ذكر البيهقي في **السنن الكبرى**، ج٩ ص١٢٣. يقول الشوكاني بعد أن ذكر روايات الحديث وذكر ما فيها من مقال: " ...وما في الباب وإن كان فيه المقال المعروف فقد شد من عضده ما ذكرناه فيصلح بعد ذلك للاحتجاج به على مشروعية درء الحدود بالشبهات المحتملة لا مطلق الشبهة". الشوكاني، **نيل الأوطار**، ج٧ص١٢٥.

(٢) انظر: ابن أبي شيبة، **المصنف**، ج٦ص١١٤.

(٣) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج٩ص٥٠. الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٣ص١٧٥. نظام، **الفتاوى الهندية**، ج٢ ص١٤٧. الشافعي، **الأم**، ج٧ص٤٦. البجيرمي، **الحاشية**، ج٤ص٢١٤. وقال بدرء الحد لوجود الشبهة كذلك الإمام الشوكاني في **نيل الاوطار**، ج٧ص١٢١.

(٤) انظر: مالك، **المدونة**، ج٤ص٥١٤. الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ ص٣١٩.

(٥) انظر: الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص٣١٩.

وفصل في ذلك القول ابن حزم، فذكر أن على النساء أن يقررن صفة عذرتها, فإن قلن: هي صفاق عند باب الفرج يبطلها إيلاج الحشفة, فقد أيقنا كذب الشهود, وأنهم وهموا فلا يحل إنفاذ الحكم بشهادتهم، وإن قلن: إنها عذرة واغلة في داخل الفرج, لا يبطلها إيلاج الحشفة, فقد أمكن صدق الشهود, إذ بإيلاج الحشفة يجب الحد, فيقام الحد عليها حينئذ, لأنه لم نتيقن كذب الشهود ولا وهمهم[١].

وأرى أن دراسة المسألة بالتفصيل الذي كان من ابن حزم جدير بالاعتبار، وبخاصة في هذا العصر الذي بلغ فيه الطب مبلغا يستطيع الوقوف على دقائق الأمور فيبين حقائقها بيانا يندر خطؤه، إن لم ينعدم، فيعطي فيه قولا فصلا توصيفا وبيانا.

ولا أرى المالكية يبعدون عما ذهب إليه ابن حزم في ذلك وإن لم يفصلوا تفصيله، وبخاصة وهم يعللون بقولهم: إنه يحتمل دخول البكارة، فلا يمنع من تغيب الحشفة[٢].

وإن كان مذهب ابن حزم أن الحد بعد ثبوته لا يدرأ بالشبهة[٣]. وهذا معارض بالآثار السابقة الثابتة عن النبي ﷺ، وعن صحابته، وقد رأينا كيف أن العلماء قبلوها وعملوا بها[٤].

ثانيا - شهادة الرجال مع النساء:

يذهب جمهور الفقهاء إلى أن النساء يقبلن مع الرجال في المال، وما يقصد به المال كالبيع والإجارة والرهن ونحوه[٥]، وقد اختلفوا في القيمة الإثباتية لهذه الشهادة أمام شهادة الرجلين على مذهبين:

مذهب المساوين بينهما في القوة، وهم الأكثرون من أهل العلم، فقال بذلك الحنفية[٦]، والشافعية في الراجح[٧]، والحنابلة في الراجح كذلك[٨]، والظاهرية[٩]، والزيدية[١٠]، فهؤلاء

---

(١) ابن حزم، **المحلى**، ج١٢ص٢١٧.
(٢) انظر: الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص٣١٩.
(٣) ابن حزم، **المحلى**، ج١٢ص٥٨.
(٤) انظر حاشية (١، ٢) ص ١١١ من الرسالة.
(٥) العيني، **البناية**: ج٧ص١٢٧. الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص١٧٨. الخرشي، **الحاشية**، ج٤ص٢٠١. الشيرازي، **المهذب**، ج٢ص٤٦٥. البهوتي، **الروض المربع**، ص٥٩٩. ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٠-١١. البكري، محمد شطا الدمياطي. **حاشية إعانة الطالبين**. دار الفكر، ج٤ص٢٧٤. ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٤٨٢.
(٦) انظر: الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٤٢٤. الطرابلسي، **معين الحكام**، ص٩١-٩٢. السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ص٢٢. الجصاص، **أحكام القرآن**، ج١ص٦٨٥.
(٧) انظر: الشيرازي، **المهذب**، ج٢ص٤٣٥. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨٢.
(٨) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٧٧. ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٥٨. **وإعلام الموقعين**، ج١ص٧٤. المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ص٣٨٨.
(٩) انظر: ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٤٧٧.
(١٠) انظر: ابن ابن المرتضى، **البحر الزخار**، ج٥ص٣٩٩.

يرون شهادة الرجل والمرأتين تعدل شهادة الرجلين، فلا ترجيح لإحداهما على الأخرى لو تعارضتا؛ لتساويهما قوة وإثباتا.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾[(١)]، وحديث النبي ﷺ: "... أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل"[(٢)].

ففي الآية أرشدنا الله تعالى إلى الإشهاد حفظا للحقوق، وبين أن ذلك يكون بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، فجعل للمرأتين مع الرجل شهادة مساوية لشهادة الرجلين، وجاء حديث النبي ﷺ مؤكدا هذا المعنى[(٣)].

وكذلك قوله ﷺ للمدعي: "شاهداك أو يمينه"[(٤)]، فلو أتى برجل وامرأتين حكم له[(٥)].

وذهب المالكية إلى ترجيح شهادة الرجلين على الرجل والمرأتين[(٦)]، وهو رواية عند الشافعية[(٧)]، وعند الحنابلة كذلك[(٨)].

واستدلوا بالآية السابقة: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾[(٩)]، فدلت على أنهما بدل لا أصل، والبدل لا يعادل الأصل ولا يساويه.

وقالوا إن وجه القوة في شهادة الرجلين أنها مقبولة في الحدود والقصاص، ولا تقبل الأخرى[(١٠)].

ولعل الراجح قول الجمهور؛ لقوة دليله، فالشارع الحكيم جعل للنساء شهادة، وجعل شهادة الاثنتين منهن شهادة رجل في القوة والحجية، وأكد النبي ﷺ هذا المعنى في قوله: "أليس شهادة الاثنتين منكن تعدل شهادة رجل"، فبين ﷺ أن شهادة المرأتين تساوي شهادة رجل، وهذا يحمل على إطلاقه.

---

(١) البقرة، آية ٢٨٢.

(٢) رواه البخاري في **صحيحه**, باب ترك الحائض الصوم، ج١ص١١٦. ومسلم في **صحيحه**، باب بيان نقصان الإيمان بنقصان الطاعات، ج١ص٨٦، رقم (٧٩). والترمذي في **الجامع**، باب ما جاء في استكمال الإيمان وزيادته ونقصانه، ج٥ص، رقم (٢٦١٣)١٠، قال: "حديث صحيح غريب من هذا الوجه".

(٣) يراجع الجصاص، **أحكام القرآن**، ج١ص٦٨٥. الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٤٢٤. ابن القيم، **إعلام الموقعين**، ج١ص٧٤.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) انظر: ابن القيم، **إعلام الموقعين**، ج١ص٧٤.

(٦) انظر: الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص٢٢١. الصاوي، **بلغة السالك**، ج٢ص٣٧٤. الدردير، الشرح الصغير، مطبوع مع بلغة السالك.

(٧) انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨٢.

(٨) انظر: المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ص٣٨٨.

(٩) البقرة، آية ٢٨٢.

(١٠) الماوردي، الحاوي الكبير، ج١٧ص١٠.

والحق أن المشهود به له أثر كبير في شهادة الشاهد قبولا وردا، وأن الخبرة أصل مهم لا يصح إغفاله، فما نجده في سنة النبي ﷺ أن المرأة قدمت على الرجل فيما كانت فيه أكثر منه خبرة، وكانت عليه أكثر منه اطّلاعا، وقد قبلها النبي ﷺ في الرضاع، ففي البخاري عن عقبة ابن الحارث قال: تزوجت امرأة فجاءت امرأة فقالت: إني أرضعتكما، فأتيت النبي ﷺ فقال: "كيف وقد قيل؟ دعها عنك أو نحوه"[١].

فإن قيل: إن النهي في هذا الحديث محمول على التنزيه، والأمر في قوله ﷺ "دعها عنك" على الإرشاد، حيث لم يلزمه ﷺ بفراقها صراحة[٢]، أجيب عنه بأنه تأويل بعيد؛ لأن النهي لا يخرج عن معناه الحقيقي وهو إفادة الحرمة إلا لقرينة صارفة، وكذلك الأمر، يقول الشوكاني في نيل الأوطار معلقا على ذلك: "ولا يخفى أن النهي حقيقة في التحريم فلا يخرج عن معناه الحقيقي إلا لقرينة صارفة ...وأما ما قيل من أن أمره ﷺ من باب الاحتياط، فلا يخفى مخالفته لما هو الظاهر، ولاسيما بعد أن كرر السؤال أربع مرات، كما في بعض الروايات، والنبي ﷺ يقول له: "كيف وقد قيل" وفي بعضها "دعها عنك" وفي بعضها "لا خير لك فيها" مع أنه لم يثبت في رواية أنه ﷺ أمره بالطلاق ولو كان ذلك بالاحتياط لأمره به، قال: فالحق وجوب العمل بقول المرأة المرضعة حرة كانت أو أمة"[٣].

ولعل قول النبي ﷺ له: "دعها عنك"، دون أن يأمره بطلاقها صراحة دليل على أن النكاح ارتفع بثبوت الرضاع ومن ثم كان العقد فاسدا، والفاسد لا يستوجب حقا، بل فسخا، ومعلوم أن الطلاق يكون بعد عقد صحيح لا فاسد.

ومن هنا أرى أن تعتبر الخبرة والملازمة في تقدير قيمة الشهادة، فأيهما أكثر خبرة ونظرا إلى المشهود عليه كان ذلك أدعى لقبول شهادته، وبخاصة وأن العلة في أن شهادة الاثنتين منهن تعدل شهادة رجل إنما هي مخافة الضلال الذي هو ضد الذّكر، وما كان ذلك إلا لأنها لا تباشر تلك الأعمال غالبا، فإذا قامت بها وباشرتها واشتغلت فيها كما الرجل علقت في

---

(١) البخاري، **الصحيح** ، باب شهادة المرضعة، ٩٤١/٢، رقم (٢٥١٧). وفي الباب شواهد من السنة وآثار الصحابة على جواز ذلك، منها: ما جاء عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال "يجزئ في الرضاع شهادة امرأة واحدة". وروي عن عطاء بن أبي رباح وطاوس، أن النبي ﷺ قال: "شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه". وجاء عن الزهري: "مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن، من ولادات النساء وعيوبهن". وجاء في الأثر عن عمر وعلي، أنهما أجازا شهادة القابلة وحدها في الاستهلال. وعن عثمان، أنه فرق بين ناس تناكحوا بقول امرأة سوداء أنها أرضعتهم، قال: قال ابن شهاب: الناس يأخذون بذلك من قول عثمان اليوم، انظر: ابن حجر، أحمد بن علي، (١٣٧٩هـ). **فتح الباري شرح صحيح البخاري**. تحقيق فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار المعرفة، ج٥ ص٢٦٨.

(٢) انظر: ابن حجر، **فتح الباري**، ج٥ ص٢٦٨-٢٦٩. المباركفوري، تحفة الأحوذي، ج٤ ص٢٦٢. المناوي، فيض القدير،ج٥ ص٥٩.

(٣) المباركفوري، **تحفة الأحوذي**، ج٤ ص٢٦٣.

ذهنها كما تعلق في ذهن الرجل، فلا أظن أن شهادتها حينئذ غير مقبولة، أو أنها تقل عن شهادة الرجل قوة وحجية.

يقول الشيخ شلتوت في كتابه (الإسلام عقيدة وشريعة): "... وإذا كانت الآية ترشد إلى أكمل وجوه الاستيثاق، وكان المتعاملون في بيئة يغلب فيها اشتغال النساء بالمبايعات، وحضور مجالس المداينات، كان لهم الحق في الاستيثاق بالمرأة على نحو الاستيثاق بالرجل متى اطمأنوا إلى تذكرها وعدم نسيانها، على نحو تذكر الرجل وعدم نسيانه"[١].

والذي يظهر أنه ليس في الآية ما يمنع الاحتجاج والحكم بشهادة النساء حال أمن ضبطهن وعدم نسيانهن؛ لأن العلة في اشتراط الاثنتين، هي النسيان والضلال الذي هو ضد الذكر، وهذا إنما حدث للنساء بشكل خاص، لأنهن ليس من شأنهن الاشتغال بالمعاملات المالية ونحوها من المعاوضات، ومن هنا تكون ذاكرتها فيها ضعيفة، والآية جاءت على ما كان مألوفا في شأن المرأة، ولا يزال أكثر النساء كذلك، وإن اشتغل بعضهن بذلك، فلا ينافي الأصل الذي تقضي به طبيعتهن، ومما يؤكد هذا الأصل، أن الشارع لما اطمأن إلى تذكرهن وضبطهن فيما يعرض لهن من أمور البيوت، والأمور الخاصة بهن، كالرضاع والولادة ونحو ذلك، فقد أجاز شهادة الواحدة منهن في ذلك، وهو خلاف ما عرف بشأن شهادتهن، من ضرورة اشتراط العدد لقبولها، وذلك لأنهن يكن أقوى ذاكرة فيها من الرجل، فمن طبع البشر أن يقوى تذكرهم للأمور التي يمارسونها، ويكثر اشتغالهم بها[٢].

فالعبرة في مدى ضبط الشاهد للمشهود عليه وعدمه، ولا دخل للأنوثة في ذلك، ألا ترى أن الحاكم يرد شهادة العدل إن تبين عدم ضبطه وإن كان رجلا، كما أن المجنون ترد شهادته، والأعمى ترد شهادته على التصرفات كذلك[٣]، وهم رجال، وترد شهادة الصبي؛ لأنهم لا يضبطون.

والضبط إنما يتحقق في مدى ممارسة الشخص لمحل الشهادة واطلاعه عليه، والمرأة في أمور المال والأحوال الشخصية ونحوه كالرجل. فإن كانت ممن يمارس هذه الأعمال ويضبطها، فلا غضاضة في جعل شهادتها فيها مثل شهادة رجل، وقبول شهادتها في أمور الرضاع والولادة ونحوه مما يطلعن عليه، دليل ذلك، إذ هنّ في هذه الأمور أكثر ضبطا حتى من الرجال أنفسهم.

---

(١) شلتوت، **الإسلام عقيدة وشريعة**، ص ٢٣٩.
(٢) شلتوت، **الإسلام عقيدة وشريعة**، ص ٢٣٩- ٢٤٠.
(٣) انظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ج١٧ ص٤٠.

يقول الدكتور البوطي في كتابه (المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الإسلامي): "إن الشروط التي تراعى في الشهادة، ليست عائدة إلى وصف الذكورة أو الأنوثة في الشاهد، لكنها عائدة في مجموعها إلى أمرين اثنين:

أولهما: عدالة الشاهد وضبطه، وأن لا تكون بينه وبين المشهود عليه خصومة تبعث على اتهامه فيما يشهد عليه به، وأن لا تكون بينه وبين المشهود له قرابة تبعث على احتمال تحيزه له في الشهادة.

ثانيهما: أن تكون بين الشاهد والواقعة التي يشهد بها، صلة تجعله مؤهلا للدراية بها والشهادة فيها.

... فإذا تحققت صفة العدالة وانتفت احتمالات التحيز لقرابة، واحتمالات الإيذاء لخصومة، كان لا بد بعد ذلك من أن يتحقق القدر الذي لا بد منه من الانسجام بين شخص الشاهد والمسألة التي يشهد بشأنها. فإن لم يتحقق هذا القدر الذي لا بد منه، ردت الشهادة رجلا كان الشاهد أو امرأة. وإن تفاوتت العلاقة بين المسألة التي تحتاج إلى شهادة، وبين فئات من الناس، كانت الأولوية لشهادة من هو أكثر صلة بهذه المسألة وتعاملا معها، بقطع النظر عن الذكورة والأنوثة"(١).

ولو قيل: يقبلن فيما يخصهن من أمور؛ لأنها مما يقل شأنه في عرف الناس، يجاب عنه بأنه لا يشك أحد أن الشهادة في الولادة والرضاع ونحوه مما يطلعن عليه، فوق الشهادة على المال أهمية وعظما، لما يترتب عليها من آثار جسيمة، عظيمة، فهي في الولادة تحديدا، تتعلق بقضية إنسانية، فإما أن يلحق المولود بنسب أبيه، بسبب هذه الشهادة، فلا يحرم من حظ ميراث أبيه، أو يرفض بسببها، فيمنع ويحرم من النسب ومن نصيبه من الإرث على السواء، وكذلك فأن شهادة المرضع على الرضاع، تقرر إثبات أخوة ولد وبنت بالرضاعة، فيحرم زواج هذا الولد بهذه البنت(٢).

أما حديث الصحيحين، والذي قال فيه ﷺ "أليس شهادة المرأة بنصف شهادة رجل" فقد علل به قوله قبل ذلك:" ناقصات عقل ..." وهذا النقصان نتج عن عدم ممارستهن لأمور المال وبقية المعاملات التي لا تباشرها في العادة، وفي ذلك يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "قوله ﷺ: "أما نقصان عقلهن فشهادة امرأتين بشهادة رجل" فبين أن شطر شهادتهن إنما هو لضعف العقل لا

---

(١) البوطي، **المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني**، ص ١٤٧- ١٤٨.
(٢) بر، آمنة فتنت مسيكة، (١٩٩٦م). **واقع المرأة الحضاري في ظل الإسلام**. (ط١). بيروت: الشركة العلمية للكتاب، ص٣٤٢.

لضعف الدين، فعلم بذلك أن عدل النساء بمنزلة عدل الرجال، وإنما عقلها ينقص عنه فما كان من الشهادات لا يخاف فيه الضلال في العادة، لم تكن فيه على نصف رجل..."[١].

ثالثا - الشاهد واليمين

مسألة القضاء بالشاهد واليمين محل خلاف بين أهل العلم، فمنع القضاء بها فقهاء الحنفية[٢]، وأجاز جمهور أهل العلم ذلك، وفي مقدمتهم كبار الصحابة[٣].

ولا يخفى صحة ما ذهب إليه الجمهور من جواز القضاء بالشاهد واليمين؛ لما ثبت عن النبي ﷺ من أحاديث صحيحة في ذلك، تشير إلى قضائه ﷺ بالشاهد مع اليمين، ففي صحيح مسلم أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد[٤].

هذا، وقد سبق أن القول بإطلاق طرق الإثبات، وعدم حصرها في عدد محدد هو المختار من بين أقوال أهل العلم، وهو ما استقر عليه الفقه المعاصر، وأخذت به أغلب القوانين المعاصرة.

وإذا قبلنا ما لا نص فيه فقبولنا لما فيه نص آكد، وقد مر أن القضاء بالشاهد واليمين فعل النبي ﷺ، كما وتحدث ابن القيم في كتابه القيم (الطرق الحكمية) بإسهاب حول هذا الموضوع، ورجح أن طرق الحكم أوسع من طرق الاستيثاق على الحقوق وأن الحاكم يحكم بكل ما ترجح لديه أو غلب على ظنه صدقه، ومن ذلك القضاء بالشاهد مع اليمين.

هذا إذا كان الشاهد رجلا، فلو كانتا امرأتين فهل يقضى بشهادتهما ويمين المدعي؟

اختلف الفقهاء القائلون بجواز القضاء بالشاهد مع اليمين في ذلك على قولين:

القول الأول – يقضي بعدم جواز القضاء بشهادة المرأتين مع يمين المدعي، قال به الشافعية[٥]، والحنابلة في قول[٦].

---

(١) ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٤٧ - ١٤٨.

(٢) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ص٣٠. الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٤ص١٨٩. ابن عابدين، **الحاشية**، ج٥ ص٤٠١.

(٣) انظر: الشافعي، **الأم**، ج٧ص٣٦. الماوردي، أبو الحسن البصري، (١٤٠٥-١٩٨٥). **الأحكام السلطانية. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية**، ص١١٠. القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٩٥. الباجي، **المنتقى**، ج٥ص٢٠٨. ابن عبد الرفيع، إبراهيم بن حسن، (١٩٨٩م). **معين الحكام**. تحقيق محمد بن قاسم بن عياد، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ج٢ص٦٦٤. عياض، القاضي، (١٩٩٧م). **مذاهب الحكام في نوازل الأحكام**. (ط٢). تحقيق محمد بن شريفة، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ص٤٨. = = ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٠-١١. ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٤٧٧. الحلي، جعفر بن الحسن. **شرائع الإسلام**. مؤسسة مطبوعاتي إسماعليان، ج٤ص٨٣. ابن المرتضى، **البحر الزخار**، ج٥ ص٤٠٣. الصنعاني، أحمد بن قاسم العنسي. **التاج المذهب**. مكتبة اليمن، ج٤ ص٣١. ابن أبي شيبة، **المصنف**، ج٥ص٣٥٩-٣٦٠.

(٤) مسلم، **الصحيح**، كتاب الأقضية، باب القضاء باليمين والشاهد، ج٣ص١٣٣٧، رقم (١٧١٢).

(٥) انظر: الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٤ص٣٧٤. وابن القاسم، **الحاشية**، ج٥ص٢٥٤.

(٦) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٥.

واستدلوا بأن المنضم إلى اليمين أضعف شطري الحجة، فلا يقنع بانضمام ضعيف إلى ضعيف[١].

ويمكن أن يجاب عن هذا الاستدلال بأن شهادة المرأة ثبتت بنصوص صريحة صحيحة، فلا يسلم لهم القول بضعفها.

القول الثاني – يقضي بجواز القضاء بشهادة المرأتين مع يمين المدعي، وأنها حجة كاملة تعادل شهادة الرجل ويمين المدعي، قال به المالكية[٢]، والحنابلة في قول اختاره الإمام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم[٣]، وهو كذلك مذهب الظاهرية[٤]، والإمامية[٥].

يقول ابن القيم مصححا هذا القول: "... وظاهر القرآن والسنة يدل على صحة هذا القول، فإن الله تعالى أقام المرأتين مقام الرجل، والنبي ﷺ قال في الحديث الصحيح: "أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل؟" قلن: بلى، فهذا يدل بمنطوقه على أن شهادتها وحدها على النصف، وبمفهومه على أن شهادتها مع مثلها كشهادة الرجل، وليس في القرآن ولا في السنة، ولا في الإجماع ما يمنع من ذلك، بل القياس الصحيح يقتضيه فإن المرأتين إذا قامتا مقام الرجل إذا كانتا معه قامتا مقامه، وإن لم تكونا معه فإن قبول شهادتهما لم يكن لمعنى للرجل بل لمعنى فيهما وهو العدالة وهذا موجود فيما إذا انفردتا وإنما يخشى من سوء ضبط المرأة وحدها وحفظها فقويت بامرأة أخرى"[٦].

وهذا ما نختاره، والله تعالى أعلم.

القوة الإثباتية للشاهد واليمين:

ما الحكم إذا تعارضت شهادة الشاهد واليمين، أو شهادة المرأتين واليمين، مع شهادة الشاهدين الرجلين، أو الرجل والمرأتين؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

---

(١) انظر: الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٤ص٣٧٤. وابن القاسم، **الحاشية**، ج٥ص٢٥٤.

(٢) انظر: القرافي، **الفروق**، ج٤ص٢٠١. النفراوي، أحمد ابن غنيم. **الفواكه الدواني**. دار الفكر، ج٢ص٢٢٣. ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٢٢٨. ميارة، **الشرح**، ج١ص٦٩.

(٣) ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٥٦. وله **إعلام الموقعين**، ج١ص٧٥. المرداوي، **الإنصاف**، ج ١٢ ص١١٥.

(٤) ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٤٧٦.

(٥) انظر: الحلي، **شرائع الإسلام**، ج٤ص١٢٦.

(٦) ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٥٧.

القول الأول: أنهما لا يتعارضان بل ترجح بينة الشاهدين، أو الشاهد والمرأتين على الأخرى، وبهذا قال جمهور الفقهاء: المالكية[١]، والشافعية في الأرجح[٢]، والحنابلة في قول صححه صاحب المغني[٣]، والزيدية في أحد قوليهم[٤].

استدل هؤلاء بأنها حجة بالإجماع، وأبعد عن التهمة، إذ هي – أي التهمة - متوجهة في اليمين، فهو قوله لنفسه، وغير متوجهة في الشهادة، لأنها قول أجنبيين فتقدم[٥].

كما أن الحكم بالشاهدين متفق عليه، وبالشاهد واليمين مختلف فيه[٦].

واشترط المالكية للترجيح بقوة الحجة كالشاهدين على الشاهد واليمين استواءهم في العدالة، أما لو كان الشاهد فوقهم عدالة رجح مع يمين المدعي، وعن ابن الماجشون ومطرف: لا يقدم ولو كان أعدل أعدل أهل زمانه[٧]، قال ابن فرحون: "وهو أقيس؛ لأن بعض أهل المذاهب لا يرى اليمين مع الشاهد"[٨]، وإن كان الراجح هو الأول[٩].

القول الثاني: أنهما متكافئتان، فلا ترجيح لإحداهما على الأخرى إلا بمرجح، وهو قول عند: الشافعية[١٠] والحنابلة[١١]، وقال به الزيدية في الراجح[١٢]، وهو ما يفهم من المذهب الظاهري إذ يعدون الشاهد واليمين بينة كاملة وكذلك المرأتين واليمين، فلا مزية الإحداهما على الأخرى[١٣].

ويستدل هؤلاء بأن الشاهد واليمين بينة كاملة صحت عن النبي ﷺ فعلا، فلا ترجح عليها شهادة الشاهدين[١٤].

ويمكن أن يجاب عن هذا بأنه ليس كل ما ثبت عن النبي ﷺ من البينات في درجة واحدة، بل متفاوتة فيما تفيده من الظنون.

---

(١) انظر: المواق، **التاج والاكليل**، ج٨ص٢٥٤. الخرشي، **الحاشية**، ج٧ص٢٣٠. ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٢٦٤.
(٢) انظر: الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٤ص٤١١. وله **شرح البهجة**، ج٥ص٢٩٥. الهيتمي، **تحفة المحتاج**، ج١٠ص٣٢٧. البجيرمي، ج٤ص٤٠٥.
(٣) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٧٧.
(٤) انظر: ابن المرتضى، **البحر الزخار**، ج٥ص٣٩٨.
(٥) انظر: الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٤ص٤١١. الهيتمي، **تحفة المحتاج**، ج١٠ص٣٢٧. ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٧٧.
(٦) ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٢٦٤.
(٧) انظر: الخرشي والعدوي، **حاشيتان**، ج٧ص٢٣١. ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٢٦٤.
(٨) ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٢٦٤.
(٩) انظر: الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص٢٢١.
(١٠) انظر: الشيرازي، **المهذب**، ج٢ص٤٣٥.
(١١) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٧٧. البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٤٩٨.
(١٢) انظر ابن المرتضى، **البحر الزخار**، ج٥ص٣٩٨.
(١٣) انظر: ابن حزم، ج٨ص٤٧٦.
(١٤) انظر: ابن المرتضى، **البحر الزخار**، ج٥ص٣٩٨.

ويبدو أن الصواب تقديم بينة الشاهدين، أو الشاهد والمرأتين على الشاهد واليمين؛ لأنها أبعد عن التهمة، فهي تفيد ظنا فوق ما تفيده تلك، ولأنها بينة كاملة أرشد الله تعالى أصحاب الحقوق إليها استيثاقا وحفظا لها من الجحد والضياع، وليس لأحد أن يكتفي بشاهد واحد بغير ضرورة، لأن الشاهد الواحد إنما قبل في الحكم بالحق لا في الاستيثاق عليه، فكأنه قبل ضرورة، حتى لا يضيع الحق، وقد احتجنا إلى يمين المدعي مع شهادته زيادة في الاطمئنان، فإن وجد شاهدان فذاك ما دعانا الله تعالى إليه، فلا نبطله بشهادة شاهد واحد بحال ما داموا جميعا عدولا.

موقف القانون من شهادة الشهود:

سبق الحديث أن القانون ضيق نطاق الشهادة احتجاجا، وهو كذلك ضيق نطاقها عملا، فحصرها في وقائع دون أخرى، ولم تعد مقبولة في كافة الدعاوى والمنازعات كما في الفقه الإسلامي، بل تراجعت في هذا المجال وفي مجال الاحتجاج تراجعا كبيرا حتى أنها لم تعد أصلا في الإثبات، بل تبعا، وندرس نظرة القانون – لاسيما الأردني – إلى الشهادة ضمن الخطوات التالية:

أولا – نطاق عمل الشهادة قانونا:

١ - التصرفات التجارية إطلاقا، فيثبت بشهادة الشهود ما يتم بين تاجر وآخر من معاملات وبيوع ونحوه مهما كانت قيمة هذه التصرفات.

٢ - يجوز الإثبات بشهادة الشهود كافة التصرفات المدنية إذا لم تتجاوز قيمتها مائة دينار[١].

٣ – الوقائع المادية، ويقصد بها كل ما يعرض للناس من أحداث وأفعال بشرية يرتب عليها القانون أحكاما معينة[٢]، وعبر عنها قانون البينات الأردني في المادة (٢٧) بالالتزامات غير التعاقدية.

وتشمل الوقائع الطبيعية كالزلازل، والفيضان، والاستيلاء، ووضع اليد، والفعل الضار، والغضب، والغش ونحوه.

---

(١) هذا في قانون البينات لسنة ٢٠٠١، وقد تم فيه تعديل المادة (٢٩) من القانون الأصلي، فقد كانت تنص على أنه لا يجوز الإثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية حتى لو كان المطلوب لا يزيد قيمته على عشرة دنانير.

(٢) انظر: العبودي، **شرح أحكام قانون البينات**، ص١٥٢.

٤ – حالات الإثبات بالشهادة استثناء.

فثمة حالات يجوز فيها الإثبات بالشهادة حتى لو زاد الالتزام التعاقدي المطلوب إثباته عن المائة دينار، هذه الحالات هي:

١. وجود مبدأ ثبوت بالكتابة.

٢. وجود مانع من الحصول على دليل كتابي.

٣. فقد السند الكتابي.

٤. وجود اتفاق بين الطرفين، أو قانون يجيز الإثبات بالشهادة بدل الكتابة.

٥. مخالفة العقد للنظام العام والآداب[١].

ثانيا – القوة الإثباتية للشهادة قانونا:

قد سلب القانون الشهادة قوتها الإثباتية[٢]، فلم تعد ذات قوة ملزمة للقاضي، بل تخضع لقناعته الشخصية، بحسب ما يتشكل لديه من قناعة بصدقها، فله حيالها سلطة تقديرية مطلقة، تمنحه مطلق الحق في الأخذ بها وردها، كما لا يخضع هذا التقدير لرقابة محكمة التمييز ما دام قد برر أسباب اقتناعه في حكمه.

كما أنها حجة ضعيفة في مجال الإثبات، فيمكن للخصم تقديم ما يثبت عكسها حتى لو كان بشهادة أخرى أو بأي دليل آخر[٣].

يلاحظ أن ما طرأ من تطور في مجالات الحياة بشكل عام، وفي مجال الإثبات بشكل خاص، له أثر واضح في إضعاف الشهادة وتناقص قوتها الإثباتية أمام غيرها من طرق الإثبات

---

(١) انظر: القضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص١٢٥ وما بعدها. العبودي، **شرح أحكام قانون البينات**، ص١٥٢.

(٢) يذكر شراح القانون المدني أن الشهادة لم تعد ذات قوة مطلقة كوسيلة من وسائل الإثبات في القانون الوضعي، كما هو الحال عند الفقهاء، بل قصرت على بعض الأمور، جاء في الوسيط للسنهوري فقرة ١٨١ ما نصه: "... التصرف القانوني في غير المواد التجارية لا يجوز إثباته بالبينة إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات أو كان غير محدود القيمة" فالشهادة ذات قوة محدودة في التصرفات المدنية، في حين جعل لها قوة مطلقة في الإثبات في الوقائع المادية والتصرفات القانونية التجارية، وقد نص على ذلك في الفقرة السابقة حين قال: " فالقوة المحدودة في الإثبات للبينة والقرائن إنما هي في ميدان التصرفات القانونية المدنية، ويستخلص من ذلك أن للبينة والقرائن قوة مطلقة في الإثبات خارج هذا الميدان، فتكون لها هذه القوة المطلقة في الوقائع القانونية المادية، وفي التصرفات القانونية التجارية" وجاء في الفقرة ١٨٧ ما نصه: " جميع المسائل التجارية يجوز إثباتها بالبينة وبالقرائن، حتى فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها". السنهوري، **الوسيط**، ج٢ ص٣٤١ و٣٥٣. ويقصد بالبينة في النصوص السابقة وفي غيرها من نصوص القانون الشهادة، فالبينة لها في القانون معنيان، معنى عام ومعنى خاص، والمعنى الخاص هو الشهادة. انظر: السنهوري، **الوسيط**، ج٢ ص٣١١.

(٣) العبودي، **شرح أحكام قانون البينات**، ص١٧٠والتي بعدها.

خاصة الكتابة التي تيسرت سبلها أكثر من ذي قبل، لكن هذا لا يحملنا على رفض العمل بالشهادة، خاصة وأن ثمة أمور ليس من الممكن أن توثق في كتاب كما في كثير من المعاملات التجارية، وكذلك ما عبر عنه القانون بالوقائع المادية ونحوه.

والملاحظ كذلك أن الشهادة التي تحدث عنها المشرع القانوني مختلفة إلى حد ما عن الشهادة الشرعية، فهي في الشريعة مضبوطة بحدود وقيود وضوابط كثيرة ومتعددة لا تقبل إلا بها، فإذا استجمعت هذه الشرائط وجب الأخذ بها، وإذا انخرم منها شيء كانت عرضة للرد وعدم القبول، أما الشهادة في القانون فهي بغير حدود ولا قيود فتقبل شهادة الرجل الواحد، مسلما كان أو كافرا، ولا قيمة للعدد، كما لا قيمة لجنس الشهود، ولا لصفتهم، فنرى أن القانون في تحديده لشهادة الشاهد قبولا وردا انطلق من واقع مادي بحت، فلم يجد بد من عدم الاكتراث بها، وأخضعها لسلطة القاضي بحسب ما يتكون عنده من قناعة قضائية بصدقها، فعندها لا غرابة لو رأينا أنها ضعيفة وغير مقبولة.

ويبدو أن القانون وجد نفسه مضطرا للأخذ بالشهادة والعمل بها في مواضع كثيرة، وإن لم يأخذ بها في كافة الدعاوى والخصومات، إلا أن ما قبلت فيه ليس بالهيّن، يكفي أن تقبل في الجنايات، وفي كثير من المعاملات التجارية وغيره، لذلك نجده يحاول التقليل من أهميتها بإخضاعها لسلطة القاضي التقديرية، وإضعاف قوتها الإثباتية، وإيجاب الحلف قبل أدائها ونحو ذلك.

الفرع الثاني – الكتابة:

الكتابة لغة مصدر كتب بمعنى خط[١].

وشرعا هي "الخط الذي يعتمد عليه في توثيق الحقوق وما يتعلق بها للرجوع إليه عند الإثبات"[٢].

جاء الحديث عن الكتابة باعتبارها طريقا من طرق الإثبات في أغلب نصوص الفقه قديما عند الحديث عن الخط، وعبر عنها في مرات عديدة به، وبحثت عند كثرة من أهل الفقه في هذا الإطار، ولم تفرد - في حدود ما أعلم - بعنوان مستقل يعالج كامل متعلقاتها كما هو حال بقية طرق الإثبات، وإنما كانت مبثوثة في نواح متعددة من كتب الفقه وأبوابه، وقد نجد

---

(١) انظر: أنيس وآخرون، **الوسيط**، ج٢ص٧٧٤.
(٢) هذا التعريف هو للزحيلي انظر: **وسائل الإثبات** له ص٤١٧.

شيئا منها مستقلا عنوانا، وبحثا مثل كتاب القاضي إلى القاضي[١]، لكنــه لا يــستوعبها بــشكل كامل، ولا يبحثها على أنها دليل إثبات.

ولعل السبب في أن الكتابة لم تحظ بنصيب وافر من الاهتمام قديما مقارنة بغيرهــا مــن طرق الإثبات أن البعض لم يعدها من طرق الإثبات، وإن أقروا بمشروعيتها من حيث الجملــة، إلا أن ذلك لا يرقى إلى مرتبة اعتبارها من أدلة الإثبات، فما نلمسه من تتبع نــصوص هــؤلاء الفقهاء أنهم يحصرون الاعتماد على الكتابة في إصدار الأحكام في بعض الصور الضيقة مثــل: كتاب القاضي إلى القاضي، ونحو ذلك ضمن شروط وضوابط معينة[٢].

الكتابة: حجة صالحة للإثبات قديما وحديثا:

رغم ما قدمت من ضعف الاهتمام بالكتابة قديما مقارنة بغيرهــا مــن طــرق الإثبــات كالشهادة مثلا، إلا أننا نجد نصوصا عديدة تشير إلى أن الكتابة حجة شرعية صالحة للإثبات منذ القدم، من ذلك:

ما ذكره ابن القيم في سياق حديثه عن الإثبات بالكتابة: "... ولم يزل الخلفــاء والقــضاة والأمراء والعمال يعتمدون على كتب بعضهم إلى بعض ولا يشهدون حاملها على مــا فيهــا ولا يقرؤونها عليه. هذا عمل الناس من زمن نبيهم إلى الآن"[٣].

وما ذكره ميارة الفاسي في شرحه: " نقل الشيخ ابن غازي عن ابن المناصف قوله: أنــه اتفق أهل عصرنا على قبول كتاب القاضي في الأحكام والحقوق بمجرد معرفة خطه دون إشهاد على ذلك ولا خاتم معروف"[٤]، وذكر بعد ذلك أن مذهب مالك يشترط الإشهاد، أو الخاتم، وفــي كلا الأمرين نستدل على جواز العمل بالخط.

وفي شرح أدب القاضي: "القاضي إذا وجد في قمطره أو ديوانه شهادة الشهود بخطه أو بخط نائبه ولم يتذكر ذلك، هل يقضي بها؟ قال أبو حنيفة رضي الله عنه لا يقضي بذلك مــا لــم يعلمه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يقضي"[٥].

---

(١) انظر: الماوردي، **أدب القاضي**، ج٢ص٩٥. ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص٤٤٧. الطرابلسي، **معين الحكام**، ص١١٨.

(٢) انظر: السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ص٣١٠.

(٣) ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٢٠٤.

(٤) ميارة، **الشرح**، ج١ص٤٣. وفي البهجة للتسولي: "...وهو موافق لما حكاه ابن المناصف عــن أهــل عصره من اتفاقهم على قبول كتاب القاضي بمجرد معرفة خطه دون إشهاد عليه". التسولي، **البهجة**، ج١ ص٧٥.

(٥) الحسام الشهيد، **شرح أدب القاضي**، ص٢٩٢.

فمن هذه النصوص وأخرى غيرها[١] نتبين أن الرفض والقبول للكتابة إنما كان زيادة في الاستيثاق، كيما يأتي الحكم صحيحا صائبا بعيدا عن الخطأ والظلم.

أما حديثا، فقد حظيت الكتابة باهتمام واسع لاسيما في الشرائع الوضعية، فقد اهتم القانون الوضعي بالكتابة اهتماما بالغا، وقدمها على غيرها من طرق الإثبات، فهي تحظى فيه بمكانة مرموقة، ولها الحجية المطلقة في إثبات كثير من الوقائع والأحداث[٢]، فقدمت على الشهادة التي نالت ذلك الاهتمام أو يزيد في الفقه الإسلامي قديما، كما سبق بيانه في مطلب الشهادة.

وذكر علماء القانون السبب وراء تقديم الكتابة إلى هذه المكانة، وهو نفسه الذي ذكره علماء الشريعة لاسيما المعاصرين منهم[٣]، من سهولة الكتابة في العصر الحديث وانتشارها، وفي المقابل ضعف الوازع الديني الذي حدا بالناس إلى التجرؤ على شهادة الزور، وكذلك خوف المحاباة والرشوة والإكراه والنسيان ونحوه.

الإثبات كتابةً مذهب كثرة من أهل العلم:

سبق لي أن صورت - ولو بشكل موجز - نظرة الفقهاء قديما إلى الكتابة طريقا من طرق الإثبات، وهي - في الجملة - لم تنل اهتماما كبيرا مقارنة بطرق الإثبات الأخرى، ومع ذلك فإن المجيزين للإثبات كتابة حال الوثوق بها هم كثرة من أهل الفقه، بل هو عمل العامة كما بينت النصوص السابقة.

ومن القائلين بذلك من الفقهاء: الحنفية[٤]، والمالكية[٥]، وبعض الحنابلة[٦]، والإمام الشوكاني، وقد مال إلى ترجيحه في كتابه نيل الأوطار[٧]، وقال به الصنعاني في سبل السلام[٨].

---

(١) انظر: البخاري، **كشف الأسرار**، ج٣ص٧٢. السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ص٣١٠ وما بعدها. الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٤ص٣٠٨.

(٢) السنهوري، **الوسيط**، ج٢ ص٣١٩. الحجار، **القانون القضائي الخاص**، ج١ ص١٤٤. القضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص١٢٠.

(٣) انظر: إبراهيم بك، **طرق الإثبات الشرعية**، ص٣٧٩.

(٤) ما نجده أن عامة فقهاء الحنفية لا يرون العمل بالخط في الجملة، ولكنهم استثنوا من ذلك مسائل منها خط البياع، والسمسار، والصراف فإنه حجة وإن لم يكن مصدَّرا معنونا يعرف ظاهرا بين الناس، وكذا ما يكتب الناس فيما بينهم يجب أن يكون حجة للعرف، انظر: ابن عابدين، **الحاشية**، ج٥ص٤٣٧. وج٧ص٨٩. وهذا يشير بصورة أو بأخرى إلى اعتدادهم بالخط. وانظر الحسام الشهيد، **شرح أدب القاضي**، ص٢٩٢.

(٥) انظر: ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٣٠٩. ميارة، **الشرح**، ج١ص٤٣.

(٦) انظر: ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٢٠٤. ابن مفلح، **المبدع**، ج٦ص٤٣٣.

(٧) الشوكاني، **نيل الأوطار**، ج٦ص٤٤.

(٨) الصنعاني، **سبل السلام**، باب الوصايا، حكم الرهن والشهادة. ج٢ ص١٥٣.

ومن جملة ما استدل به هؤلاء: نصوص الكتاب والسنة وكذلك الإجماع، فقد دللت هـذه على مشروعية الكتابة للإثبات، وجواز الحكم بها في دين الله تعالى.

فلو تأملنا في مصدري هذه الشريعة: الكتاب والسنة، لوجدنا نصوصا غير محصورة بعدد تشير إلى مشروعية الإثبات كتابة، وصحة ذلك، من ذلك قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾[١].

ولا معنى للأمر بالكتابة إذا لم تكن حجة عند حدوث التنازع.

يقول الزحيلي: "والآية الكريمة صرحت بالكتابة والإشهاد، فإن كان كل منهما منفصلا ومستقلا عن الآخر فقد ثبتت حجية الكتابة، وإن كان الإشهاد مع الكتابة فإن هذا الإشهاد توثيق وتأكيد للكتابة، وأصبحت الكتابة وثيقة مدعمة بالشهادة يكتبها كاتب بالعدل..."[٢].

ثم كيف يفهم من ذات النص أن الشهادة طريق من طرق الإثبات، ونجمع على ذلك، ولا يفهم ذلك بالنسبة للكتابة، مع أن النص جاء مصرحا بكليهما؟ فهو إما أنَّ كل واحد منهما دليل إثبات مستقل، وبهذا تثبت الحجية للكتابة، وإما أنهما مجتمعين دليل إثبات واحد، وبهذا تنتفي الحجية عن الشهادة لو انفردت، الأمر الذي لم يقل به أحد، فلم يبق إلا أن كل واحد منهما دليل مستقل يصلح للإثبات متى غلب على الظن صدقه.

ولا يقال: إنما ثبتت حجية الشهادة بسنة النبي ﷺ وصحابته، أما الكتابة فلا؛ لأن الثابت عن النبي ﷺ وصحابته هو حجية الكتابة كذلك، وقد مر ما ذكره ابن القيم من أن العمل بها تعارفه الناس من زمن النبي ﷺ وصحابته.

والاعتداد بالشهادة استدلالا بسنة النبي ﷺ وصحابته الكرام لا ينفي عن غيرها حجية، وإنما يشير إلى واقع اشتهرت فيه الشهادة، بسبب وفرة وسهولة فيها، كما يشير إلى أن الوثوق بها كان فوق غيرها؛ لاعتبارات شخصية، وإجرائية بحتة.

كما أن السنة الدالة على حجية الكتابة مشتهرة، من ذلك:

قوله ﷺ: "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه، يبيت ليلتين، إلا ووصيته مكتوبة عنده"[٣]، ولو لم يجز الاعتماد على الخط لم يكن لكتابة وصيته فائدة[٤].

---

(١) البقرة آية ٢٨٢.
(٢) انظر: الزحيلي، **وسائل الإثبات**، ص٤٢٦.
(٣) رواه البخاري في **صحيحه**، كتاب الوصايا، باب قول النبي ص وصية الرجل مكتوبة عنده، ج٣ص١٠٠٥، رقم(٢٥٨٧). ومسلم في صحيحه، كتاب الوصية، ج٣ص١٢٤٩، برقم (١٦٢٧).
(٤) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص٢٠٢.

ومن ذلك حديث النبي ﷺ الذي يرويه أبو هريرة قال: لما فتح الله على رسوله ﷺ مكة، قام في الناس فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: " إن الله حبس عن مكة الفيل، وسلط عليها رسوله والمؤمنين، وأنها لن تحل لأحد كان قبلي، وإنها أحلت لي ساعة من نهار، وأنها لن تحل لأحد بعدي... ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين، إما أن يفدي وإما أن يقتل"، ... فقام أبو شاة – رجل من أهل اليمن – فقال: اكتبوا لي يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ: "اكتبوا لأبي شاة"[١].

قال راوي الحديث: قلت للأوزاعي: ما قوله اكتبوا لي يا رسول الله؟ قال: هذه الخطبة التي سمعها من رسول الله ﷺ[٢].

والشاهد: أن أبا شاة أراد أن يوثق كتابة ما سمع من النبي ﷺ من أحكام في خطبته هذه ليكون ذلك حجة، لاسيما عند قومه - أهل اليمن - إذا ما رجع إليهم، وهذا دليل على مشروعية الكتابة إثباتا، واحتجاجا.

كما وثبت عن النبي ﷺ أنه كتب إلى عظيم فارس، وإلى عظيم الروم، يدعوهم إلى الإسلام[٣]، فأقام بذلك عليهم وعلى أقوامهم الحجة أمام الله تعالى، ومعلوم أن تبليغ الدين، وعقيدة الإسلام أعظم من إثبات الدعوى القضائية، وأكثر خطرا[٤].

وفي هذا السياق تأتي قصة سيدنا سليمان – عليه السلام - عندما أرسل كتابه إلى ملكة سبأ يدعوها إلى عبادة الله وحده، وأقام عليها بذلك الحجة، وتوعدها بالعذاب إن هي لم تستجب[٥].

وحكى الإمام الرازي إجماع الصحابة على العمل بالخط[٦].

ثم إن في وقف العمل بالكتابة تعطيلا لمصالح الناس، واختلالا لنظام التعامل بينهم لاسيما التجار منهم، فوجب وجوبا محتما رعاية مصالح الناس، واتقاء الضرر بقدر الاستطاعة، لاسيما وقد تقدم تقدما كبيرا فن معرفة الخطوط ومضاهاتها وما تكتب به، وطرق فحصه وتحليله[٧].

---

(١) رواه البخاري في **الصحيح**، كتاب العلم، ج١ص٥٣، رقم (١١١)، وهو مكرر في ابواب اخرى. ومسلم في **الصحيح**، كتاب الحج، باب باب تحريم مكة وصيدها... ، ج٢ص٩٨٨، رقم (١٣٥٥).

(٢) مسلم، **الصحيح**، ج٢ص٩٨٨.

(٣) انظر: البخاري، **الصحيح**، كتاب بدء الوحي، ج١ص٩. ومسلم، **الصحيح**، كتاب الجهاد والسير، ج٣ص١٣٩٣.رقم (١٧٧٣).

(٤) انظر: ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٢٠٢.

(٥) انظر: ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٢٠٢.

(٦) انظر: الرازي، محمد بن عمر، (١٤٠٠هـ). **المحصول**. (ط١). تحقيق طه جابر العلواني. الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود، ج٤ص٥٩٦.

(٧) انظر: إبراهيم بك، **طرق الإثبات الشرعية**، ص٩٩.

أما ما كان من أدلة للمانعين فليس فيها شيء من نصوص الكتاب والسنة في حدود ما أعلم، وإنما هي أدلة عقلية استنتاجية مثل البعد عن التزوير والغش والمحو ونحو ذلك، ولم أجد فيما خطوه ما يشير إلى أن رفضهم هذا كان بسبب ضعف في قوتها الإثباتية، أو حجيتها، بل ما يفهم من كلامهم أنها تفيد غالب الظن كما بقية طرق الإثبات حاشا ما أفاد القطع منها[١].

والنصوص المنقولة عنهم تشير إلى أنهم لا يخالفون في أصل مشروعيتها للإثبات[٢]، وقد نقل ابن القيم عن الإمام مالك قوله: "كان من أمر الناس القديم إجازة الخواتيم حتى أن القاضي ليكتب للرجل الكتاب فلم يزد على ختمه حتى اتهم الناس، فصار لا يقبل إلا شاهدين"[٣]، وهذا يدل على أنه حال الاستيثاق بها وعدم التشكك فيها يعمل بها عند الجميع، وما كان الرفض إلا بسبب ذلك[٤].

وعليه، فإن التعلل للمنع يمكن أن يصنف في باب المصلحة، فالمصلحة المتحصلة من الحكم بالخط دون المصلحة المتحصلة من رده وعدم الحكم به، فنظرا لتعسر الكتابة وبدائيتها، وانتشار الأمية، والمقدرة على محاكاة الخطوط، وعدم وجود علامات يمكن أن يميز بها الخطوط، كالختوم والتواقيع ونحوه لدى عامة الناس، وإن وجد شيء من ذلك فهو قليل، ومحصور في جهات محددة، وكذلك نظرا لسهولة الشهادة وانتشارها، وقوة الوازع الديني عند الناس، منع كثير منهم الاعتماد على الكتابة في الجملة.

وليس أدل على ذلك من أنه حال توفر ما يمنع التزوير كالخاتم، أو تذكر الخط، أو قيام الشهادة على الخط حكموا به، وقد رأينا أنه لما كانت المصلحة غالبة، لقيام البراهين على صدق المستند وانتفاء شبهة التزوير عمل به، ومن ذلك كتاب القاضي إلى القاضي إذا عرف خطه، أو ختم بخاتمه، أو أشهد عليه ونحوه[٥]، كالكتب التي ختمت بالخاتم الرسمي وهكذا.

---

(١) انظر، ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٢٠٥. الجصاص، **أحكام القرآن**، ج١ص٧٠١. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٣٢٦. الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٤ص٣٠٨. الماوردي، **أدب القاضي**، ج٢ ص٨٠.

(٢) ذكر الفقهاء صورا عدة أشارت إلى اعتدادهم – إلى حد ما – بالخط، مثل لو وجد القاضي في ديوانه إقرار رجل أو شهادة شهود لرجل على رجل بحق وهو لا يذكر ذلك ولا يحفظه فانه يقضي به، انظر: الحسام الشهيد، **شرح أدب القاضي**، ص٢٩٦. وانظر: ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٣٠٣ وما بعدها. ميارة، **الشرح**، ج١ص٦٣-٦٥. ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٢٠٦. **وإعلام الموقعين** له، ج٤ص .

(٣) انظر: ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٢٠٦.

(٤) جاء في الموسوعة الفقهية: " ...ومن يتتبع أقوال الفقهاء جميعا في حجية الخط والختم يتبين له أن المعول عليه هو الاستيثاق من صحة الكتابة, وعدم وجود شبهة فيها, فإن انتفت عمل بها ونفذت, وإلا فلا". انظر: **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ج١ص٢٤٧.

(٥) انظر: ميارة، **الشرح**، ج١ص٤٣. ابن عبد الرفيع، **معين الحكام**، ج٢ص٦٦٠. التسولي، **البهجة**، ج١ ص٧٥. الجصاص، **أحكام القرآن**، ج١ص٧٠٠. الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٤ص٣٢٦.

وعلى ضوء ما سبق يمكن القول: إن الكتابة حجة مقبولة في الشرع والقانون، لاسيما في هذا الزمان الذي تطورت الكتابة فيه تطورا كبيرا، وأصبحت سهلة ميسورة، كما أن ما كان يخشى حدوثه من تزوير وغش وكشط ونحوه قد تلاشى إلى حد كبير، إضافة إلى أن كشفه لم يعد بالأمر العسير خاصة في ظل ما استحدث من نظم وآلات تمكن من اكتشاف ذلك، فإذا ما طعن في سند بالتزوير أمكن التحقيق في ذلك، وهذا ما يجري في المحاكم الآن، إضافة إلى وجود مختصين بتمييز الخطوط، ومعرفة التواقيع وهكذا، كل ذلك يدعو إلى الوثوق بالكتابة فوق ما كان قديما.

وليس في قواعد الشريعة ما يمنع من تطبيق النظم الحديثة، إذ هي لا تخالف نصا شرعيا، ولا تجافي ما وضعه الفقهاء من قواعد وضوابط رأوها مناسبة في أزمنتهم، وغاية الشريعة وصول الحقوق إلى أصحابها بأيسر الطرق وأحكمها، فمصالح الناس مرعية شرعا كما هي مرعية قانونا، فلا غرابة إذا في أن يتسع صدر الشريعة الحكمية للإذن بالعمل بما هو أضبط وأبعد عن التزوير[١].

وعليه: فقد تصل الكتابة (حجية) إلى حد القطع، فعندها تقدم على شهادة الشهود، ما لم يطعن فيها بالتزوير، كالذي يأخذ الصفة الرسمية منها، مثل الأوراق والمستندات التي تصدر عن المؤسسات الرسمية، والدوائر الحكومية، وتختم بخاتمها الرسمي، وتسجل في سجلاتها ودواوينها الخاصة بها كالذي يصدر عن المحاكم القضائية، والوزارات المختلفة ونحوه.

فوثيقة من هذا القبيل لو عارضتها شهادة شهود عدول قدمت عليها يقينا، ما لم يطعن فيها بالتزوير، فإن كان ذلك احتاج الطاعن إلى إثبات مدعاه[٢].

فلو شهد عدول أن الأرض الفلانية ملك فلان اشتراها أو ورثها أو وُهِبها، وأقام المدعى عليه مستندا ثبوتيا صادرا عن الجهات المختصة (دائرة الأراضي ونحوه) أنها ملكة حصل عليها شراء، أو هبة، أو إرثا حكم له، ما لم يطعن بتزوير ذلك المستند، عندها يحتاج مدعي التزوير إلى إثباته، فإن عجز حكم للآخر، وردت شهادة الشهود بالمستند الثبوتي، وهذا ما يمكن أن نفهمه من كلام الفقهاء، وبخاصة عند حديثهم عن كتاب القاضي إلى القاضي[٣].

فما كان من الوثائق والسندات مثل ما أسلفنا بيانا أو قريبا منه فهو حجة مقبولة، راجحة على شهادة الشهود، أما ما لم يأخذ تلك الصفة من الكتب والوثائق كالذي يصدر عن الأشخاص

---

(١) انظر: **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ج١ص٢٤٧. إبراهيم بك، **طرق الإثبات الشرعية**، ص٣٨٠.

(٢) انظر: ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٢٠٤. حيدر، **درر الحكام**، ج٤ص١٦٢ وما بعدها.

(٣) انظر: ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٢٠٤-٢٠٥. الماوردي، **أدب القاضي**، ج٢ص٩٣وما بعدها. والمادة (١٦١١) من المجلة مع شرحها لحيدر، ج٤ص١٦٤-١٦٦. انظر: الماوردي، **أدب القاضي**، ج٢ص٩٣ وما بعدها.

العاديين من عقود البيع والشراء والإجارة ونحو ذلك وتكتب بخط اليد، أو بطريق الحاسب الآلي (الكمبيوتر) ونحوه، وتختم بالخاتم الشخصي، أو التوقيع، فهذه يكون احتمال التزوير فيها أكبر من سابقتها فعلى القاضي أن يحتاط في أمرها ويتثبت، وأن يتجنب الاعتماد على الخط وحده، إذا عارضها غيرها من البينات؛ لما يدخلها من شبهة التزوير، ولأن الخطوط تتشابه.

ومثل هذا التفصيل نجده عند شارح المجلة، جاء فيها: "الكتابة والخط من أهم وألزم الأشياء للإنسان، وبها يقتدر على استحصال منافع كثيرة, وعلى تأمين حقوق مهمة, ومن المروي عن ابن عباس أن المقصود من الأثارة في الآية الجليلة "أو أثارة من علم" الخط الحسن.

قد أخذ في هذا الزمن العمل بالكتابة والخط أهمية عظمى فقد قصر إثبات كثير من الحقوق، ولاسيما السندات والمقاولات على الخط فلذلك لا يجوز عد كل خط معمولا به ومدارا للثبوت، كما أنه لا يجوز ألا يعمل بالخط; إذ يؤدي ذلك إلى إبطال الحقوق فلذلك قد اتخذ طريق متوسط، وبيان الأصلين الآتيين:

الأصل الأول: لا يعتمد على الخط الذي فيه شائبة تزوير، ولا يتخذ ذلك الخط مدارا للحكم عند المنازعة؛ لأنه يمكن تصنيع وتزوير الخط...

الأصل الثاني: يعمل بالخط البريء من شائبة التزوير والتصنيع؛ لأن أكثر معاملات الناس تحصل بلا شهود فإن لم يعمل بالخط يستلزم ضياع أموال الناس. ويتفرع عن ذلك المسائل الآتية.

أولاً: يعمل بحجة الوقف المقيدة في سجل المحكمة الموثوق به والمعتمد عليه على ما جاء في المادة (١٧٣٩).

ثانياً: يعمل بسجلات المحاكم الممسوكة بصورة سالمة من الحيلة والفساد حسب ما جاء في المادة (١٧٣٨).

ثالثاً: يعمل بالبراءات السلطانية وقيود الدفتر الخاقاني حيث إنها مأمونة من التزوير.

رابعاً: تعتبر القيود المحررة في دفاتر التجار المعتمد بها من قبيل الإقرار بالكتابة[١].

الكتابة في القانون[٢]:

أما القانون الوضعي فهو - كما أسلفت - قد أحاط الكتابة بسياج من الرعاية والاهتمام، ومنحها القوة المطلقة في الإثبات، وجعلها ملزمة للقاضي، يقول العبودي: "تعد الكتابة في العصر الحديث من أفضل وسائل الإثبات، بدليل النص عليها في كل تشريعات الإثبات المدنية"[٣].

---

(١) حيدر، **درر الحكام**، ج٤ ص١٥٨- ١٥٩.

(٢) سأقتصر على القانون الأردني بشقيه: المدني، وقانون الأحوال الشخصية.

(٣) العبودي، **شرح قانون البينات**، ص٩٧.

يقسم القانون السندات الكتابية إلى قسمين:

القسم الأول - سندات رسمية: هي التي ينظمها المظفون الذين من اختصاصهم تنظيمها طبقا للأوضاع القانونية، أو ينظمها أصحابها ويصدقها الموظفون الذين من اختصاصهم تصديقها طبقا للقانون[١].

حجية هذا النوع من السندات:

إذا توفرت في السندات الرسمية الشروط المطلوبة فيها[٢]، وبدت عليها مظاهر الرسمية، والسلامة من التزوير حازت الحجية المطلقة في الإثبات، فلا يطلب ممن يتمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها، وفي إمكانية الطعن فيها يفرق بين صورتين من صور إعداد هذه السندات:

أولا - ما يصدر منها عن الموظف المختص، فتكون حجة على الناس كافة، ولا يمكن الطعن في حجيتها بغير طريق الطعن بالتزوير.

والسبب في منح هذا النوع من السندات هذه القوة المطلقة في الإثبات إلى أن يطعن فيها بالتزوير هو الثقة بالموظف العام وعدم السماح بتكذيبه، فهو بمثابة شاهد ممتاز، وتكون لشهادته بنظر القانون قيمة استثنائية، هذا فضلا عن العقوبة القاسية التي يتعرض لها فيما لو أخل بهذه الثقة[٣].

ثانيا - ما يصدر منها عن ذوي الشأن ويدونها الموظف العام تحت مسؤليته دون أن يكون قد تحرى صحتها، فهذه البيانات يجوز إثبات عكسها بطرق الإثبات العادية.

وهذه الحجية في السند الرسمي تثبت له في حق الغير، فلا يمكن إثبات عكسها إذا كان صادرا من قبل الوظف الرسمي، ولا يمكن الطعن فيها بغير طريق التزوير.

أما ما بالنسبة لمضمون البيانات الصادرة من ذوي الشأن فإن للغير أن يثبت عكسها بكافة طرق الإثبات.

هذا إذا لم يبد على السند الرسمي مظاهر التزوير، أما إذا كان المظهر الخارجي للسند يوحي إلى حدوث تزوير فيه مثل وجود كشط، أو محو، أو تحشية ونحو ذلك كان للمحكمة حق

---

(١) راجع نص المادة (٦) من قانون البينات الأردني.

(٢) اشترط القانون جملة شروط في السند الرسمي حتى يحوز صفة الرسمية، منها أن يصدر من الموظف العام، أو أن يصادق عليه. ومنها أن يكون في حدود اختصاصه. وأن تراعى الأوضاع القانونية في إصداره. انظر: العبودي، **شرح قانون البيات**، ص١٠١-١٠٣.

(٣) انظر: القضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص٦٤ وما بعدها. العبودي، **شرح قانون البينات**، ص١٠٥ وما بعدها.

تقدير ما يترتب على هذه العيوب من إضعاف أو إسقاط قيمة السند الاحتجاجية، ولو لم يطعن الخصم فيه بالتزوير(١).

القسم الثاني: سندات عادية:

السند العادي هو الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه أو على خاتمه أو بصمة أصبعه وليست له صفة السند الرسمي(٢).

وهذا النوع من السندات دون السند الرسمي حجية، والسبب هو عدم تدخل شخص ذو صفة رسمية في كتابتها، وتختلف حجية السند العادي بحسب الشخص صاحب العلاقة:

فهو حجة على الشخص الذي ينسب إليه الخط أو التوقيع، ما لم ينكر هذا الخط أو التوقيع، فتكون حجيته متوقفة على عدم الإنكار منه، فإذا وقع الإنكار سلب منه دلالته في الإثبات حتى يقيم المتمسك بها الدليل على صحتها.

أما الوارث أو أي خلف آخر فيكفي منه أن يقرر بأنه لا يعلم أن الخط أو التوقيع أو الختم أو البصمة هو لمن تلقى عنه الحق، والسكوت هنا لا يعد إنكارا بل هو إقرار.

فإذا ما تقرر صحة التوقيع على السند العادي بعد إنكاره صراحة، أو ثبوته بعد إنكاره يجعل حجة على صاحبه، بصرف النظر عما إذا كان السند محررا بخط يده أو غيره(٣).

أما حجيته في حق الغير، ويقصد بالغير هنا كل شخص يجوز أن يسري في حقه التصرف القانوني الذي يثبته السند العادي وتقضي القواعد العامة بحمايته من سريانه عليه، فهو بمعنى آخر: الخلف العام والخلف الخاص والدائن(٤)، وهذا يقرر القانون أن السند يكون حجة في حقه حال أن يكون له تاريخ ثابت، وقد حدد قانون البينات الأردني في المادة (١٢) طرق ثبوت هذا التاريخ(٥).

الأوراق غير الموقعة:

وهي أوراق غير معدة للإثبات، ولا تتضمن توقيعا عليها وبالرغم من ذلك جعل لها المشرع حجية معينة وفقا لشروط خاصة.

---

(١) انظر: العبودي، **شرح قانون البينات**، ص١٠٧ والتي بعدها.

(٢) يراجع نص المادة (١٠) من القانون.

(٣) انظر: القضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص٧٤-٧٥. العبودي، **شرح قانون البينات**، ص١١٨.

(٤) انظر: العبودي، **شرح قانون البينات**، ص١١٩.

(٥) قرر القانون أن السند العادي يكون له تاريخ ثابت ١- من يوم أن يصادق عليه الكاتب العدل. ٢- من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ رسميا. ٣- من يوم أن يؤشر عليه قاض أو موظف مختص. ٤-من يوم وفاة أحد ممن لهم على السند أثر ثابت أو معترف فيه من خط أو توقيع أو ختم أو بصمة أصبع، أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة في جسمه.

وقد نص قانون البينات الأردني على ثلاثة أنواع من هذه الأوراق وهي:

أولا - دفاتر التجار: وهذه تكون حجة للتاجر في المعاملات المختصة بين التجار، بشرط أن تكون هذه الدفاتر منظمة، وكان الخلاف بين تاجر وتاجر. ويترك أمر تقديرها للقاضي.

وإذا تباينت القيود بين دفاتر منظمة لتاجرين تهاترت البينتان المتعارضتان مع اختلافهما في التعبير.

كما نص القانون على أن دفاتر التجار قد تكون حجة عليه، سواء كانت منظمة أم لم تكن، ويكون حجة لتاجر آخر، أو لشخص من عرض الناس، هذا مع ملاحظة أن الدفتر حجة على التاجر صاحبه اختياري للمحكمة، فيجوز لها أن تأخذ به، ويجوز لها أن تدعه وفقا لقناعات القاضي بقوة الدليل.

نلاحظ هنا أن القانون منح دفاتر التجار حجية ما، ولكنها خاضعة لقناعة القاضي، ومن ثم فهي حجية ضعيفة، لا تزيد عن كونها موضع استئناس للقاضي في إصدار حكمه، وعليه يمكن القول إنها لا تقوى على مجابهة كثير من طرق الإثبات إذا ما عارضتها.

ثانيا – الدفاتر والأوراق الخاصة، وسميت كذلك بالأوراق المنزلية: وهي ما ألف الناس تدوينه في مذكراتهم الخاصة عن شؤونهم المالية والمنزلية، كدفاتر الحساب والأجندات والمذكرات.

وهذه الدفاتر لا تكون حجة لصاحبها، وكذلك لا تكون حجة عليه إلا في حالتين:

الأولى – إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا، فيجب أن تكون العبارة المذكورة فيها صريحة لا تقبل تأويلا ولا تفسيرا.

الثانية – إذا ذكر صراحة أنه قصد إقامتها مقام السند لمن أثبت فيها حقا لمصلحته.

ثالثا – التأشير على السندات المثبتة للدين:

قد يكتفي المدين عند قضائه دينه أو جزءا منه بأن يؤشر الدائن بهذا الوفاء على سند الدين الذي في حيازته، وقد نصت المادة (١٩) من قانون البينات على أن التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين منه يعد حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس، ولو لم يكن التأشير مؤرخا أو موقعا منه ما دام السند لم يخرج قط من حوزته.

ويمكن أن يثبت عكس دلالة التأشير هذه بكل وسائل الإثبات نظرا لأن التأشير غير الموقع لا يعد دليلا كتابيا كاملا يستلزم الكتابة في إثبات ما يخالفه.

ومثل ما قيل هنا يقال حال كون التأشير من الدائن على نسخة أصلية في يد المدين، بشرط أن يكون ما في يده نسخة أصلية، بمعنى أنها ليست صورة وإنما عليها من التوقيعات ما على السند الأصلي[١].

هذا جملة ما فصله القانون في أمر الكتابة حجية وإثباتا، وخلاصة القول: إن الكتابة على اختلاف أشكالها وألوانها، من سندات رسمية، وعادية، إلى دفاتر التجار، والدفاتر المنزلية، وكذلك التاشير على سندات الدين، ليست على قدر واحد من الحجية، بل هي متفاوتة، ومضطربة، فمثلا تعد السندات الرسمية أقوى أشكال التوثيق كتابة، بحيث لا يمكن الطعن فيها بغير الطعن بطريق التزوير، وهذا خاص بنوع من أنواعها. أما بقية صور التوثيق كتابة فهي متذبذبة في قوتها الإثباتية على التفصيل المبين سابقا.

وثمة تجدر الإشارة إليه: وهو أن القانون الذي جعل الكتابة أصلا في الإثبات، لم يمنحها - في العام الغالب - الحجية المطلقة التي تستوجب الحكم بها حال اكتمال عناصرها، وإنما أخضعها في جميع أحوالها لسلطة المحكمة وتقديرها، فللمحكمة السلطة التامة في بحث صحة أي سند يقدم إليها في الدعوى، ولها ترجيح ما تطمئن إليه منها[٢]، وهذا إضعاف للقوة الإثباتية التي منحتها الكتابة.

وليس الأمر في المحاكم الشرعية ببعيد عما قرأنا في القضاء المدني، فقد تحدث قانون أصول المحاكمات الشرعية عن البينات بشكل عام، والكتابة بشكل خاص[٣] فاعتبر الشهادة، وقد تأثر إلى حد ما بالقانون المدني فأخضعها لسلطة المحكمة، كما اعتبر الكتابة بنوعيها الرسمية، والعادية ومنحها قوة في الإثبات تصل في بعض الأحيان إلى حد القطع.

والملاحظ أن القانون فصل القول في أمر الكتابة، وأحسن فيها التفصيل، فبين مواطن قوتها، ومواطن ضعفها، وغير ذلك، ولعل السبب هو ذلكم التطبيق العملي والمعايشة اليومية لمواد القانون من قبل المحاكم، الأمر الذي يستوجب تبديلا وتغييرا مستمرين يفضي في النهاية إلى محاصرة الخطأ في أضيق دائرة، وهو ما شهدناه عند فقهائنا الأجلاء تجاه الشهادة، ففصلوا فها القول تفصيلا بلغ حد التمام والكمال في أكثره.

---

(١) انظر: القضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص١٠٥. العبودي، **شرح قانون البينات**، ص١٢٨ -١٣٣.

(٢) انظر: العبودي، **شرح قانون البينات**، ص١٤١.

(٣) يراجع المواد (٥٦ إلى المادة ٩٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

والحق أن نظرة الفقه إلى الخط والكتابة لا تبعد عما شاهدناه في القانون، فإن المتتبع نصوص الفقه يجد تفصيلا متناهي الدقة في المذاهب الفقهية حول التوثيق كتابة، ولعل المذهب الحنفي أبرز هذه المذاهب وأشهرها في ذلك، وما نقلناه عن المجلة من ذلك خير دليل على ذلك.

الفرع الثالث – اليمين، والنكول عنه:

المسألة الأولى – اليمين:

اليمين لغة: الحلف والقسم(١).

وفي الشرع: " تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى أمام القاضي"(٢).

القوة الإثباتية لليمين:

يمكن أن نتلمس بعض جوانب القوة الإثباتية لليمين من خلال معرفة طبيعة الحقوق التي يجوز فيها العمل باليمين، والتي لا يجوز.

حصرت اليمين عملا في بعض الدعاوى دون بعض، فهي تجيء في دعاوى المال وما يؤول إليه: من بيع وشراء ورهن ونحوه، وكذلك دعاوى الأبدان: من قصاص، وولاية، ووصاية، وأحوال شخصية ونحوه(٣)، وليست هي حجة في الدعاوى كافة كالشهادة مثلا.

ولا تجيء فيما كان حقا خالصا لله تعالى، ومن ذلك الحدود والعبادات والنذور ونحوه(٤).

فحصر الاحتجاج باليمين في بعض الحقوق دون بعض يدل على أنها حجة ضعيفة، وإنما كان قبولها في بعضها للضرورة، بأن يتعذر الإثبات بطرق الإثبات الأخرى، أو لم تكن مقنعة بشكل كاف فتأتي اليمين متممة لها لا دليل إثبات مستقل، كل ذلك إنما يشير إلى أنها دون طرق الإثبات الأخرى قوة، وإنما يلجأ إليها عند عدمها، ولا يخلو الأمر من تفصيل، أبينه فيما يأتي:

---

(١) اليمين تأتي بعدة معان في اللغة منها: البركة، والقوة، وضد اليسار، وكذلك الحلف والقسم، وما يهمنا هنا هو المعنى الأخير. انظر: أنيس، **الوسيط**، ص١٠٦٧.

(٢) الزحيلي، **وسائل الإثبات**، ص٣١٩. واليمين حجة شرعية ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع. انظر الزحيلي، ص٣٢٤وما بعدها.

(٣) الحقوق التي يجوز فيها الحكم باليمين بعضها متفق عليه بين الفقهاء وبعضها محل خلاف، للمزيد انظر: ابن الشحنة، أبو الوليد محمد بن أبي الفضل. **لسان الحكام**. مطبوع مع معين الحكام للطرابلسي، ص٢٣٥. الطرابلسي، **معين الحكام**، ص٦٦. الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٤ص٢٩٧. ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢ص٤٦٧. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٧٢. ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٣٧-١٣٨.

(٤) انظر: ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٢٣.

تعارض الأيمان بعضها مع بعض:

ثمة صور متعددة لتعارض الأيمان بعضها مع بعض، نص الفقهاء على بعض هذه الصور، وفي الجملة فإن هذه الأيمان متساوية قوة وضعفا، فلا يرجح شيء منها على الآخر: ومن صور تعارض الأيمان:

- أيمان اللعان، يقول تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ، وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ، وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾[١].

نزلت هذه الآيات في رجل جاء النبي ﷺ فأخبره أنه رأى امرأته على فاحشة، فسألها النبي ﷺ فأنكرت ذلك، فلاعن بينهما[٢].

وفيها أن الله تعالى جعل أيمانهما متساوية، فلم يقدم بعضها لقوة فيها، أو في صاحبها، وإنما هي سواء، فإذا حلفا سقط الحد عن كليهما: عنه حد القذف، وعنها حد الرجم، وإن نكل أحدهما وجب عليه الحد[٣].

- التحالف في الدعوى، ويكون حال اختلاف المتعاقدين في مقدار المدعى، أو في وصفه، أو في جنسه وتكافأت بينتاهما قوة، أو لم يكن مع أحدهما بينة، فلا ترجح يمين أحدهما على الأخرى[٤].

ومن أمثلة التحالف: أن يختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن، وهذا يحصل بادعاء البائع الأكثر، وادعاء المشتري الأقل، مثلا إذا قال البائع: بعت بمائة، وقال المشتري: اشتريت

---

(١) سورة النور الآيات من ٦ إلى ٩.

(٢) حديث اللعان مشهور، وهو حديث صحيح، رواه البخاري، **الصحيح**، كتاب تفسير القرآن، سورة النور. والترمذي، **الجامع**، كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في اللعان، ص٢٩٣، رقم (١٢٠٢). قال عنه: حسن صحيح.

(٣) انظر: الجصاص، **أحكام القرآن**، ج١ص٢٣٩. ابن العربي، محمد بن عبدالله الأندلسي. **أحكام القرآن. دار الكتب العلمية**، ج٣ص٣٥٢.

(٤) القول بجواز التحالف هو مذهب جمهور أهل الفقه، وخالف في ذلك ابن حزم فقال بعدم جوازه، ووقع الخلاف بين الفقهاء فيما يجوز فيه التحالف وما لا يجوز، فتوسع الجمهور، وضيق الحنفية، للمزيد انظر: الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٤ص٣٠٤. قاضي زاده، **تكملة فتح القدير**، ج٨ص٢٠٥. منلا خسرو، **درر الحكام**، ج٢ص٤٤٦. ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٢٦١. مالك، **المدونة**، ج٣ص٥٢٩. ميارة، الشرح، ج٢ ص٢٢. الشافعي، **الأم**، ج٣ص١٥٢. الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٢ص١١٦. ابن مفلح، **الفروع**، ج٤ص١٢٥. المرداوي، **الإنصاف**، ج٤ص٤٤٦. ابن حزم، **المحلى**، ج٧ص٢٥٧.

بتسعين، وأقاما بينتين، فتعارضتا، ولم يمكن الجمع، أو الترجيح، أو لم تكن ثمـــة بينـــة أصـــلا، فإنهما يتحالفان ويترادان[١].

تعارض اليمين مع بينة من البينات المختلفه:

من المعلوم أن القاضي يسأل المدعى عليه عن دعوى المدعي بعد تمامها فإن أقـــر بمـــا فيها لزمه ما أقر به، وإن أنكر سأل المدعي البينة فإن عجز حلف المـــدعى عليـــه بعـــد طلـــب المدعي، فاليمين كما يقول صاحب كتاب طرق الإثبات الشرعية: آخر سهم في كنانة الإثبـــات[٢]، ومن ثم فهي لا تعارض البينة، وإنما تجيء بعد التعجيز، حتى ذهب الجمهور من الفقهـــاء إلـــى القول بعدم حجية الحكم القضائي الذي بني على يمين المدعى عليه إذا ما ظهرت بينة بخلافه.

وصورة المسألة: لو حكم القاضي بناء على يمين المدعى عليه بعـــد أن ســـأل المـــدعي البينة وعجز، وطلب منه الأخير تحليف المدعى عليه، ثم ظهرت بينة بعد ذلـــك فهـــل يـــنقض القضاء السابق ويقضى بموجب البينة الحادثة أم لا؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

الأول – يقضى بموجب البينات الحادثة، بمعنى أنه ينقض الحكم السابق المبنـــي علـــى يمين المدعى عليه، ويحكم بمقتضى البينة الحادثة، قـــال بهـــذا جمهـــور الفقهـــاء: الحنفيـــة[٣]، والمالكية[٤]، والشافعية[٥]، والحنابلة[٦]، والزيدية في الراجح[٧].

واشترط المالكية ألا يكون عالما ببينته، أو ناسيا لها، ويحلف على ذلك، وخالف في ذلك مطرف وابن الماجشون فأجازا أن يقوم ببينته حتى لو كان عالما بها؛ لأنه ربما ظن أنه لا يحلف ولا يتجرأ على اليمين[٨].

---

(١) انظر: حيدر، درر الحكام، ج٤ ص٥٥٨، بتصرف.

(٢) ابراهيم بك، **طرق الإثبات الشرعية**، ص٥٨١.

(٣) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٦ص. الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٤ص٢٩٦. العبـــادي، **الجـــوهرة النيرة**، ج٢ص٢١٢. منلا خسرو، **درر الحكام**، ج٢ص٣٣٢. الحسام الشهيد، **شـــرح أدب القاضـــي**، ص١٧١. ابن عابدين، محمد أمين. **العقود الدرية**. دار المعرفة، ج٢ص٣٦، وهذا يناقض ما ذكـــره الدكتور عبد الرحمن شرفي من أن ابن عابدين يرى أن الحكم المبني على اليمين لا ينقض بظهـــور بينات جديدة. والصحيح أن المقطع الذي استشهد به من كلام ابن عابدين له تتمة، منها أنه استثنى من ذلك ظهور بينات جديدة تعارض القضاء المبني على اليمين.

(٤) انظر: عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٣٢٢. ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ج١ص٢٤٢.

(٥) انظر: الشافعي، **الأم**، ج٧ص١٣٦. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٧٧.

(٦) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١١١. ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٢٥. الرحيباني، **مطالـــب أولي النهى**، ج٦ص٥٢٢.

(٧) انظر: ابن المرتضى، **البحر الزخار**، ج٥ص٤٠٤.

(٨) انظر: ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٢٤٢. المواق، **التاج والإكليل**، ج٨ص١٣٠.

ووجه قول هؤلاء أن اليمين ليس طريقا للقضاء حقيقة؛ لأن المنكر إذا حلف وعجز المدعي عن البينة يترك المدعى في يده لعدم قدرة المدعي على إثباته، ولا يعد ذلك قضاء له بيمينه، وإن سمي قضاء، وإنما كان ذلك لأنه يقطع النزاع في حينه، وهذا بخلاف القضاء المبني على طرق الإثبات الأخرى من بينة وإقرار وكتابة فهي تقطع النزاع مطلقا(١).

واستدل هؤلاء بما جاء عن النبي ﷺ أنه سأل المدعي: ألك بينة؟ قال: لا، فقال النبي ﷺ: "لك يمينه"(٢)، فالنبي ﷺ جعل البينة أصلا في الإثبات، واليمين خلفا، ولا يصار إلى الخلف مع وجود الأصل، وهذا يستوجب بطلان الخلف حال وجود الأصل(٣).

واستدلوا بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قبل البينة بعد يمين المنكر، وجاء عنه قوله: "البينة الصادقة أحب إلي من اليمين الفاجرة"، ولا فرق بين أن تكون إقامة البينة قبل الحلف أو بعده، أو قبل صدور الحكم أو بعد صدوره، فما دامت البينة صادقة في الظاهر، فاليمين على خلافها فاجرة، والبينة أولى منها قبولا(٤).

جاء في المغني معلقا على مقولة عمر السابقة: "فظاهر هذه البينة الصدق, ويلزم من صدقها فجور اليمين المتقدمة, فتكون أولى(٥).

واستدلوا بالقياس على الإقرار، فلو أقر المنكر بعد حلف اليمين أخذ بإقراره وكان مطالبا به، وكذلك البينة بعد اليمين تقبل.

الثاني – لا يقضى بالبينة الحادثة، وإنما يبقى الحكم على حاله، قال به الظاهرية(٦)، وابن أبي ليلى(٧).

استدل هؤلاء بحديث علقمة السابق قال: كنت جالسا عند النبي ﷺ فأتاه رجلان يختصمان في أرض فذكر أن رسول الله ﷺ قال للطالب: "بينتك؟ قال: ليس لي بينة، قال: "يمينه" قال: إذن يذهب بها. قال ﷺ: "ليس لك إلا ذلك"(٨).

---

(١) ابن عابدين، **الحاشية**، ج٧ص٤٣٧. الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٣٤٥. ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج٧ ص٢٠٦.
(٢) حديث صحيح، سبق تخريجه.
(٣) ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ ص١١١.
(٤) ياسين، د. محمد نعيم، (١٤٠٤-١٩٨٤). **حجية الحكم القضائي**. (ط١). عمان: دار الفرقان، ص٧٦.
(٥) ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١١١-١١٢.
(٦) انظر: ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٤٤١.
(٧) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١١١. ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٤٤١.
(٨) سبق تخريجه.

الشاهد أن النبي ﷺ بين أن ليس للطالب إلا بينته، أو يمين المطلوب، فصح يقينـــا: أنـــه ليس إلا أحدهما لا كلاهما، وبطل أن يكون له كلا الأمرين بيقين[١].

ويجاب عنه بأنه ليس في الحديث ما يمنع الجمع بينهما حال أمكن ذلك[٢]، ثم إن دلالتـــه على أن البينة أصل، واليمين خلف، ولا يصار إلى الخلف مع وجود الأصل، فوق دلالته على ما ذهبوا إليه.

واستدلوا بأن اليمين حجة المدعى عليه, فلا تسمع بعدها حجة المـــدعي, كمـــا لا تـــسمع يمين المدعى عليه بعد بينة المدعي[٣].

ولعل ما ذهب إليه الجمهور أرجح مما ذهب إليه هؤلاء؛ لقوة أدلتهم، فالبينة أصل, لأنها كلام أجنبي، واليمين بدل عنها، لأنها كلام الخصم نفسه، والبدل يبطل بالقدرة على المبدل منـــه, كبطلان التيمم بالقدرة على الماء, ولا يبطل الأصل بالقدرة على البدل. ومما يؤيد ذلك أنهما حال اجتماعهما, تسمع البينة, ويحكم بها, أما اليمين فلا.

ثم إن قواعد العدالة تقضي بذلك؛ لأن الخصم لا يقبل بتحليف خصمه إلا مرغمـــا لعـــدم علمه ببينته، ولو علم بها لما أوكل الأمر إلى ضميره، ولما رضي بيمينه، فرضاه لم يكن سليما، وإنما كان مشوبا بعيب الإكراه، فينبغي مراعاة ذلك، وأن يؤخـــذ بالاعتبـــار، فتتـــاح الفرصـــة للمحكوم له أن يقوم ببينته إذا ما علمها، وأن يبرهن كذب خصمه في يمينه[٤].

موقف القانون من اليمين:

تبنى القانون الوضعي اليمين عملا، وقال بها قطعا للخلاف وحسما للنزاع، وهـــي كمـــا ينص شراح القانون طريق غير عادي للإثبات، يلجأ إليها إذا تعذر تقـــديم الـــدليل المطلـــوب – لاسيما في ظل نظام الإثبات المقيد - عندئذ يحتكم الخصم إلى ضمير خـــصمة وذمتـــه بيمـــين حاسمة يوجهها إليه أو يوجه القاضي يمينا متممة إلى أي من الخصمين ليكمل ما في الأدلة مـــن نقص[٥].

---

(١) انظر: ابن حزم، المحلى، ج٨ص٤٤١.
(٢) انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٧٧.
(٣) ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١١١. الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٣٤٥.
(٤) انظر: ياسين، **حجية الحكم القضائي**، ص٨٤.
(٥) انظر: القضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص١٦٥.

يقسم القانون اليمين القضائية إلى قسمين:

الاول – اليمين الحاسمة، وهي التي يوجهها الخصم إلى خصمه عند العجز عن إثبات حقه حسما للنزاع[١].

تعد هذه اليمين وسيلة أخيرة يلجأ إليها المدعي عندما يعوزه الدليل، فإذا ما وجهها الحاكم إلى الخصم بناء على طلب خصمه وتم الحلف بالفعل، انقطع النزاع نهائيا، وسقط حق الخصم في إقامة أي دليل يظهر له إن لم يكن به عالما، أو يتذكره إن كان له ناسيا، أو أي أمر آخر؛ لأنه بقبوله الحلف من قبل الخصم اعتبر متنازلا عن دليله[٢].

وفي إمكانية إثبات كذب اليمين جاء في رسالة الإثبات: لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين، حتى أنه لو رفعت النيابة الدعوى الجنائية على الحالف بتهمة الحلف كذبا فإن من وجه اليمين لا يستطيع أن يدخل في الدعوى العمومية بصفته مدعيا مدنيا ليطالب بتعويضات، ومن باب أولى لا يمكنه تحريك الدعوى الجنائية برفعه جنحه مباشرة ليثبت كذب اليمين، ولا يمكن للنيابة أن تسير فيها[٣].

ولم يغفل القانون الأردني هذه المسألة، فنص في المادة ٢/٦١ من قانون البينات: "على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جزائي فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض". ومثل ذلك في القانون المدني المصري في المادة ١١٧ منه.

وعليه فإن ثبوت كذب اليمين لا يؤثر على الحكم الذي بني على هذه اليمين فيبقى متمتعا بحجية الأمر المقضي، وإن كان لمن خسر دعواه الحق في أن يرفع دعوى مبتدأة يطالب فيها بالتعويض عن الضرر الذي لحق به بسبب اليمين الكاذبة، وهذا سبب يختلف عن سبب الحق الأصلي الذي حلف فيه اليمين[٤].

ووجه قول القانون هذا أن الخصم الذي يوجه لخصمه اليمين الحاسمة في دعوى مدنية يعتبر متنازلا عن حقوقه إذا حلف خصمه اليمين سواء أكان صادقا أم كاذبا؟[٥].

---

(١) راجع نص المادة (٥٣) من قانون البينات الأردني.
(٢) انظر: القضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص١٦٦ وما بعدها.
(٣) نشات، **رسالة الإثبات**، ج٢ص٩٩. مع بعض التحوير.
(٤) انظر: القضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص١٧٨.
(٥) نشات، **رسالة الإثبات**، ج٢ص٩٩.

واضح أن القانون يعتبر القضاء المبني على اليمين الحاسمة قضاء باتا لا يجوز نقضه بأي طريق من طرق الإثبات الأخرى، بل إن الحلف إذا تم كان مضمونه حجة ملزمة للقاضي، وهو بهذا متفق مع القول الثاني الذي اعتبرناه مرجوحا.

الثاني – اليمين المتممة: يستكمل بها الحاكم ما نقص من أدلة الخصم أثناء سير الدعوى.

وهذه اليمين لا تتمتع بالحجية التي منحها القانون لليمين الحاسمة، فهي غير ملزمة للقاضي، فله أن يقضي بموجبها، كما له ألا يأخذ بها، بحسب ما تشكل لديه من قناعة قضائية مقارنة مع ما لديه من أدلة حول موضوع النزاع.

كما أن بمقدور الخصم إثبات كذب هذه اليمين (اليمين المتممة) التي حلفها خصمه أمام محكمة الاستئناف[١].

ومما تجدر الإشارة إليه أن المجلة تبنت رأي الحنفية الذي يرى أن البينة تقبل بعد الحلف، فذكر شارحها في شرح المادة (١٨١٩) ما نصه: "...إذا حلف المدعى عليه اليمين على هذا الوجه فتنقطع الخصومة بينه وبين المدعي حتى يقيم المدعي بينة، ولا يبطل حق المدعي بحلف المدعى عليه اليمين، إلا أنه إذا لم يستطع المدعي أن يقيم بينة بعد ذلك موافقة لدعواه فليس له أن يخاصم المدعى عليه مرة أخرى، أما إذا أقام المدعي بعد الحلف بينة موافقة لدعواه فتقبل ويثبت حق المدعي على إقامة البينة بعد حلف المدعى عليه اليمين"[٢].

المسألة الثانية - النكول عن اليمين:

بعد ما بيناه من حكم اليمين وحجيته يبقى السؤال حول النكول، فيما لو توجهت اليمين على المدعى عليه ونكل عنها، فما الحكم؟

اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا التساؤل على أقوال:

القول الأول – يقضى بالنكول وهو مذهب الحنفية[٣]، والحنابلة في الراجح[٤].

---

(١) انظر: القضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص١٨٨.

(٢) حيدر، **درر الحكام**، ج٤ص٦٤٧-٦٤٨.

(٣) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ص٣٣. الحسام الشهيد، **شرح أدب القاضي**، ص١٧٤. ابن عابدين، **الحاشية**، ج٥ص٥٥٠. قاضي زاده، **تكملة فتح القدير**، ج٨ص١٧٦.

(٤) انظر، ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٣٠. البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٥٧١. المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ ص٢٥٤.

القول الثاني – لا يقضى بالنكول وإنما ترد اليمين على المدعي وهو مذهب المالكيـة[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة في قول اختاره أبو الخطاب[٣].

القول الثالث – لا يقضى بالنكول، ولا ترد اليمين على المدعي، وإنما يجبـر المـدعى عليه على اليمين، وهو مذهب الظاهرية، ومن حجتهم أنه لم يرد في ذلك نص ولا إجماع، وإنما الثابت من النصوص أن القضاء يكون بالبينة، فإن عدمت حلف المدعى عليه، وليس في القضاء بالنكول، أو الرد نص ولا إجماع[٤].

وهذا نظر قاصر[٥]، لا يخفى ضعفه، فربما كف عن اليمين تورعا، أو ترفعـا، فكيـف يجبر عليه، كما أن الثابت عن بعض الصحابة[٦] أنهم كانوا يتورعون عـن اليمـين، ويفتـدون أيمانهم كذلك.

القول الرابع - وثمة قول رابع يتفق مع القول القاضي برد اليمين، ولكـن لـيس علـى إطلاقه، بل يعمل بالنكول في مواضع، ويرد اليمين في أخرى، وهذا ما حققه شيخ الاسلام ابـن تيمية، واستحسنه تلميذه ابن القيم.

نقل ابن القيم عن شيخه ابن تيمية قوله: " قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله ورضـي عنه: وليس المنقول عن الصحابة - ﷺ - في النكول ورد اليمين بمختلف, بل هذا له موضـع, وهذا له موضع, فكل موضع أمكن المدعي معرفته والعلم به فرد المدعى عليه اليمين, فإنـه إن حلف استحق, وإن لم يحلف لم يحكم له بنكول المدعى عليه، وهذا كحكومة عثمان والمقداد, فإن المقداد قال لعثمان: "احلف أن الذي دفعته إلي كان سبعة آلاف وخذها"، فإن المدعي هنـا يمكنـه معرفة ذلك والعلم به, كيف وقد ادعى به؟ فإذا لم يحلف لم يحكم له إلا ببينة أو إقرار.

وأما إذا كان المدعي لا يعلم ذلك, والمدعى عليه هو المنفرد بمعرفته, فإنه إذا نكل عـن اليمين حكم عليه بالنكول, ولم ترد على المدعي, كحكومة عبد الله بن عمر وغريمه في الغـلام. فإن عثمان قضى عليه "أن يحلف أنه باع الغلام وما به داء يعلمه" وهذا يمكن أن يعلمـه البـائع,

---

(١) انظر: القرافي، **الفروق**، ج٤ص٢٠٤. ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص١٦٢.
(٢) انظر: ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص١٦١.
(٣) المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ص٢٥٥.
(٤) انظر: ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٤٤٣.
(٥) انظر: إبراهيم بك، **طرق الإثبات الشرعية**، ص٦٠٩.
(٦) ثبت عن بعض الصحابة أنهم كانوا يفتدون أيمانهم، كما ثبت عن بعضهم الترفع عن اليمين الصادقة. انظر: عبد الرزاق، **المصنف**، ج٨ص٥٠٢. البيهقي، **السنن الكبرى**، باب ما جاء في الافتـداء عـن اليمين، ج١٠ص١٧٩. وانظر السرخـسي، **المبـسوط**، ج١٧ص٤٣. الزيلعـي، **تبيـين الحقـائق**، ج٤ص٢٩٦.

فإنه إنما استحلفه على نفي العلم: أنه لا يعلم به داء, فلما امتنع من هــذه اليمــين قــضى عليــه بنكوله.

وعلى هذا: إذا وجد بخط أبيه في دفتره: أن له على فلان كذا وكذا، فادعى بــه عليــه، فنكل. وسأله إحلاف المدعي: أن أباه أعطاني هذا، أو أقرضني إياه، لم ترد عليه اليمــين، فــإن حلف المدعى عليه، وإلا قضي عليه بالنكول، لأن المدعى عليه يعلم ذلك.

وكذلك لو ادعى عليه: أن فلأنا أحالني عليك بمائة, فأنكر المدعى عليه ونكل عن اليمين، وقال للمدعي: أنا لا أعلم أن فلانا أحالك"، ولكن احلف وخذ، فهاهنا إن لم يحلف لم يحكــم لــه بنكول المدعى عليه.

وهذا الذي اختاره شيخنا رحمه الله هو فصل النزاع في النكــول ورد اليمــين, وبــالله التوفيق"[١].

وخلاصة القول: ثمة رأيان: أحدهما يقضي برد اليمين على المدعي إذا نكــل المــدعى عليه.

وآخر يذهب إلى القضاء بالنكول.

وما اختاره شيخ الإسلام وتلميذه ابن القيم، وهو ما أميل إليه يجيء فيه الرأيــان، فهــو يرى العمل بالنكول في مواطن، وبالرد في أخرى، ومن هنا سيتناول البحث فيمــا يــأتي القــوة الإثباتية لكل من: اليمين المردودة، والنكول.

أولا- القوة الإثباتية لليمين المردودة:

إذا أقام المدعى عليه بينة بعد أن حلف المدعي اليمين المردودة فهل تسمع أم لا؟

ثمة قولان عند القائلين بالرد بعد النكول: أحدهما - أن اليمين المردودة كبينة المــدعي، فلو أقام المدعى عليه بعدها بينة فإنها تسمع[٢]. وعلى هذا القول فإنها لا تجعل كالبينة في حــق ثالث في الصحيح[٣].

---

(١) ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٩٩-١٠٠.

(٢) هذا ما صرح به الشربيني في مغني المحتاج، وذكر ابن أبي الدم في أدب القضاء أنها على هذا القول لا تجعل كالبينة في حق ثالث، ويبدو أن هذا القول أصح؛ لأنه على القول الأول كأنه ينفي الحجية عن الحكم المستند إلى البينة بشكل عام، إلا أن يكون مراده بقوله : كالبينة، أي أنها شبيهة بالبينة، لكنها لا تتمتع بقوة البينة إثباتا وحجية، فلو أقام الناكل بعد ذلك بينة فإنها تكون مقبولة. انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٧٨. ابن أبي الدم، ص١٦٣. المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ص٢٥٦.

(٣) انظر: ابن أبي الدم، ص١٦٣.

والآخر وهو الأظهر عند الشافعية والحنابلة أنها كإقرار المدعى عليه؛ لأنه بنكوله توصل للحق فأشبه إقراره، وعليه لو أقام المدعى عليه بينة بعدها فإنها لا تسمع(١).

ويمكن أن يعترض على الشافعية بأنه إذا كان النكول إقرارا فما الحاجة إلى رد اليمين وقد علمنا أن الإقرار من أقوى البينات؟

أما القانون فقد عرفنا مما سبق أن الخصم الذي توجهت إليه اليمين وحلفها لا يجوز لخصمه أن يعود عليه بأي شكل من الأشكال(٢)، وواضح أن في مذهب القانون هذا مغالاة في الاعتداد باليمين.

ثانيا – طبيعة النكول، وقوته الإثباتية:

تختلف طبيعة النكول توصيفا عند القائلين بالقضاء به، وهم في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه كالإقرار، قال بهذا الصاحبان من الحنفية(٣)، وصوبه الإمام أحمد واختاره جماعة من الحنابلة(٤).

وجه قولهم: أن نكول المدعى عليه دليل كونه كاذبا في إنكاره؛ لأنه لو كان صادقا لما امتنع من اليمين الصادقة فكان النكول إقرارا دلالة، إلا أنه دلالة قاصرة فيها شبهة العدم(٥)،

وهؤلاء يتفقون مع الشافعية - في الصحيح من مذهبهم - في جعل النكول إقرارا، لكنهم لم يشترطوا رد اليمين على المدعي كما اشترطه الشافعية.

ويمكن أن يجاب عما استدلوا به بأن المسلم قد يتورع عن اليمين، وقد ثبت ذلك عن صحابة النبي ﷺ، حيث تركوا اليمين تورعا وترفعا(٦).

القول الثاني: وهو للإمام أبي حنيفة(٧)، وبعض الحنابلة(٨) حيث ذهبوا إلى أن النكول كالبذل، والترك.

---

(١) انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٧٨. الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٢ص١٨١. له **شرح البهجة**، ج٥ص٢٣٧. البجيرمي، **الحاشية**، ج٤ص٤٠٣. ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص١٦٣. ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٣٦. المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ ص٢٥٦.

(٢) انظر: نشأت، **رسالة الإثبات**، ج٢ص٩٧.

(٣) انظر: الكاساني، ج٦ص٣٤٧. قاضي زاده، **تكملة فتح القدير**، ج٨ص١٧٦.

(٤) ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٢٩. المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ص٢٥٦.

(٥) انظر: الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٣٤٧.

(٦) ثبت عن بعض الصحابة أنهم كانوا يفتدون أيمانهم، كما ثبت عن بعضهم الترفع عن اليمين الصادقة. انظر: عبد الرزاق، **المصنف**، ج٨ص٥٠٢. البيهقي، **السنن الكبرى**، باب ما جاء في الافتداء عن اليمين، ج١٠ص١٧٩. وانظر السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ص٤٣. الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٤ص٢٩٦.

(٧) انظر: الكاساني، ج٦ص٣٤٧. قاضي زاده، **تكملة فتح القدير**، ج٨ص١٧٦. ابن عابدين، **الحاشية**، ج٥ ص٥٥٠.

(٨) انظر: ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٣٦. المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ص٢٥٦.

وجه قولهم: إن النكول يحتمل الإقرار لما قالوا، ويحتمل البذل؛ لأن العاقل الملتزم بدينه كما يتحرج عن اليمين الكاذبة يتحرج عن التغيير والطعن باليمين ببذل المدعي، إلا أن حمله على البذل أولى لأنا لو جعلناه إقرارا لكذبناه لما فيه من الإنكار ولو جعلناه بذلا لم نكذبه لأنه يصير في التقدير كأنه قال ليس هذا لك ولكني لا أمنعك عنه ولا أنازعك فيه فيحصل المقصود من غير حاجة إلى التكذيب[١].

وقالوا بأنا لو اعتبرناه إقرارا منه يكون كاذبا في إنكاره, والكذب حرام, فيفسق بالنكول بعد الإنكار, وهذا باطل, فجعلناه بذلا وإباحة صيانة له عما يقدح في عدالته, ويجعله كاذبا[٢].

القول الثالث: وهو للحنابلة في الراجح من مذهبهم حيث يرون أن النكول كالبينة[٣].

وقد ناقش ابن القيم القولين السابقين مرجحا مذهبهم هذا – القاضي بأن النكول كالبينة - بقوله: "...والصحيح : أن النكول يقوم مقام الشاهد والبينة, لا مقام الإقرار ولا البذل؛ لأن الناكل قد صرح بالإنكار, وأنه لا يستحق المدعى به، وهو مصر على ذلك, متورع عن اليمين، فكيف يقال: إنه مقر, مع إصراره على الإنكار, ويجعل مكذبا لنفسه؟

وأيضا لو كان مقرا لم تسمع منه بينة نكوله بالإبراء والأداء, فإنه يكون مكذبا لنفسه.

وأيضا فإن الإقرار إخبار وشهادة المرء على نفسه، فكيف يجعل مقرا شاهدا على نفسه بنكوله. والبذل إباحة وتبرع, وهو لم يقصد ذلك, ولم يخطر على قلبه، وقد يكون المدعى عليه مريضا مرض الموت, فلو كان النكول بذلا وإباحة اعتبر خروج المدعى من الثلث. فتبين أن لا إقرار ولا إباحة، وإنما هو جار مجرى الشاهد والبينة, فإن " البينة " اسم لما تبين الحق, ونكوله - مع تمكنه من اليمين الصادقة التي يبرأ بها من المدعى عليه ويتخلص بها من خصمه - دليل ظاهر على صحة دعوى خصمه وبيان أنها حق, فقام مقام شاهد القرائن"[٤].

والمختار عندي أن النكول لا يعدو كونه بذلا وتركا من المدعى عليه لعجزه عن البينة، وتورعه عن اليمين، إلا أن يظهر منه خلاف ذلك، فليس هو متبرعا ولا يعنيه، فللتبرع صورته المعروفة من الرضى والقبول ونحوه. وليس هو إقرارا، ويكفي في الرد على هذا القول ما ذكره ابن القيم وغيره[٥] فهو قوي ومقنع.

---

(١) انظر: الكاساني، ج٦ص٣٤٧.
(٢) ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٣٦.
(٣) انظر: البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج٣ص٥٢٥.
(٤) ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٣٦.
(٥) انظر: البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج٣ص٥٢٥.

أما أنه كالبينة فأراه بعيدا؛ لأننا يمكن أن نصف الناكل بكونه مقرا، أو باذلا، ولا يمكن أن يوصف بغير هذا، أما أن نجعل نكوله بمثابة بينة يقدمها المدعي فهذا بعيد، فلم يبق إلا القول بأن النكول بذل وترك من المدعى عليه عجزا منه عن إثبات حقه، وتورعه عن اليمين.

ثم الواضح من كلام ابن القيم أنه لم يجعل كالبينة قوة وحجية، بل أقيم مقامها، فبين أنه كشاهد القرائن، ويفهم من هذا أنه يحكم به إذا لم يوجد غيره، أما مع وجود غيره من أدلة الإثبات فلا، وهذا يشير إلى أنه لا يقاوم البينة حال وجودها، فهو أضعف منها، وليس أدل على ذلك من أن قبوله مقصور على نوع محدد من الدعاوى، وهي الدعاوى التي يحكم فيها باليمين[١].

والقائلون بأن النكول إقرار اعتدوا به في دعاوى المال وما يقصد به المال، وكذلك دعاوى القصاص، ولكن لا يثبت به القصاص وإنما يثبت به المال من دية ونحوه سواء أكان في النفس أم فيما دونها[٢].

أما من جعله بذلا فيجيزونه فيما يجوز الحكم فيه باليمين، وفيما يحتمل البذل من دعاوى المال وما يقصد به المال.

أما ما كان حقا خالصا لله تعالى كالحدود ونحوه فلا يقضى فيها بالنكول، لأنه بذل عند البعض، إقرار فيه شبهة العدم عند البعض الآخر، والحدود لا تحتمل البذل، ولا تثبت بدليل فيه شبهة[٣]، السبب أن النكول عند هؤلاء ليس إقرارا على وجه الدقة، وإنما هو قائم مقامه، وما كان خالصا لله تعالى من الحدود ونحوه لا يجوز إقامتها بالإقرار بعد الرجوع، ومن ثم لا تقام بالنكول فهو قائم مقام الإقرار[٤].

القوة الإثباتية للنكول:

واضح مما سبق أن النكول إذا ما اتصل بالقضاء فإنه يتمتع بحجية عند من أقاموه مقام الإقرار فوق تلك التي منحه إياها الباذلون، والسؤال: ما القوة الإثباتية التي يتمتع بها النكول أمام بينة المقضي عليه (المدعى عليه)؟

---

(١) انظر: ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٣٧.

(٢) انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٧٢. ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٣٧.

(٣) انظر: الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٣٤٥.

(٤) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٦ص١١٧. ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج٧ص١٠٧. قاضي زاده، **تكملة فتح القدير**، ج٨ص١٩٠.

نمهد للإجابة عن هذا التساؤل بالقول: إن القضاء المبني على النكول لا ينقض بقبول الناكل بالحلف، فإذا ما أراد المدعى عليه الحلف بعدما قضي عليه بموجب نكوله لا يحلف، ولا يلتفت إلى ذلك القبول(١).

أما السؤال السابق، وهو القوة الإثباتية التي يتمتع بها النكول أمام بينة المقضي عليه (المدعى عليه)، فللإجابة عنه أقول:

قد نصت بعض كتب الحنفية على أن القضاء بالنكول لا يمنع المقضي عليه من إقامة البينة، نقل هذا صاحبي الدر المختار(٢)، والبحر الرائق عن الخانية، فقد جاء في البحر الرائق ما نصه: "اعلم أن القضاء بالنكول لا يمنع المقضي عليه من إقامة البينة بما يبطله، لما في الخانية من باب ما يبطل دعوى المدعي: رجل اشترى من رجل عبدا فوجد به عيبا فخاصم البائع فأنكر البائع أن يكون العيب عنده، فاستحلف فنكل، فقضى القاضي عليه, وألزمه العبد، ثم قال البائع بعد ذلك: قد كنت تبرأت إليه من هذا العيب, وأقام البينة قبلت بينته"(٣).

والذي حققه ابن عابدين في حاشيتيه: رد المحتار، ومنحة الخالق، والحموي في غمز عيون البصائر أن البينة لا تسمع في هذه الحالة(٤)، وإليك كلام ابن عابدين في حاشيته على البحر الرائق، المسماة (منحة الخالق) مع ما أورده صاحب البحر: " (ثم اعلم أن القضاء بالنكول لا يمنع المقضي عليه من إقامة البينة) عبارته في الأشباه: وتسمع الدعوى بعد القضاء بالنكول كما في الخانية، قال محشيها الحموي (في الخانية) في باب ما يبطل دعوى المدعي ما يخالف ما ذكره، وعبارته: ادعى عبدا في يد رجل أنه له فجحد المدعى عليه، فاستحلفه، فنكل, وقضي عليه بالنكول، ثم إن المقضي عليه أقام البينة أنه كان اشترى هذا العبد من المدعي قبل دعواه، لا تقبل هذه البينة، إلا أن يشهد أنه كان اشتراه منه بعد القضاء، وذكر في موضع آخر أن المدعى عليه لو قال: كنت اشتريته منه قبل الخصومة وأقام البينة، قبلت بينته ويقضى له. قلت: وسيذكر المؤلف في فصل دفع الدعوى عن البزازية وكما يصح الدفع قبل البرهان يصح بعد إقامته أيضا، وكذا يصح قبل الحكم كما يصح بعده، ودفع الدفع، ودفعه، والأكثر صحيح في المختار وسنذكر تمامه هناك، لكن سيذكر المؤلف في أول فصل دعوى الخارجين عن النهاية ما

---

(١) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٨ص٥٢. ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج٧ص٢٠٦.
(٢) انظر: الحصكفي، محمد بن علي. **الدر المختار** مطبوع مع حاشية ابن عابدين، ج٥ص٥٥٠.
(٣) انظر: ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج٧ص٢٠٦. وذكر ذلك صاحب الدر المختار نقلا عن الخانية كذلك. انظر: الحصكفي، **الدر المختار**، ج٥ص٥٥٠.
(٤) انظر: ابن عابدين، **الحاشية**، ج٥ص٥٥٠، وله: **منحة الخالق**، وهي حاشية على البحر الرائق، اعتمدتها تحت اسم: (منحة الخالق)، ج٧ص٢٠٦. الحموي، أحمد بن محمد. **غمز عيون البصائر**. دار الكتب العلمية، ج٢ص٣٣١.

نصه: ولو لم يبرهنا حلف صاحب اليد، فإن حلف لهما تترك في يده قضاء ترك لا قضاء استحقاق، حتى لو أقاما البينة بعد ذلك يقضى بها، وإن نكل لهما جميعا يقضى به بينهما نصفين، ثم بعده: إذا أقام صاحب اليد البينة أنه ملكه لا يقبل، وكذا إذا ادعى أحد المستحقين على صاحبه, وأقام بينة أنها ملكه لا تقبل؛ لكونه صار مقضيا عليه. ولعله مبني على القول الآخر المقابل للقول المختار تأمل"[١].

وفي كتاب (غمز عيون البصائر) ما معناه: أن المقضي عليه قضاء إلزام لا تسمع دعواه ولا بينته، أما قضاء الترك فتسمع[٢].

أما الحنابلة فالذي يظهر من كلامهم – خاصة الذين جعلوا الإنكار كالبينة وهو المعتمد عندهم - أن البينة تسمع بعد القضاء بالنكول[٣].

ولعل الصحيح أن تسمع بينة الناكل بعد الحكم عليه بنكوله، فهذا أنسب بقولنا إن النكول بذل وترك، ولأن الظاهر منه أنه لم يدع الحلف إلا ترفعا وتورعا - فهذا ما يحمل عليه سلوك المسلم، وإلا لما قبلنا يمينه أصلا - إلا أن يظهر خلاف ذلك. ثم إذا منحنا المدعي عند عجزه عن البينة والقضاء عليه بيمين المدعى عليه أن يقوم ببينته إذا وجدها بعد ذلك، كان علينا أن نمنح المدعى عليه المقضي عليه بنكوله كذلك، فهذا مقتضى العدالة.

النكول والرد في القانون:

أما القانون فقد تبنى رأيا مغايرا - إلى حد ما - لرأي الفقه، مفاده: أن من وجهت إليه اليمين لا يكون مخيرا بين قبول الحلف وعدمه، بل مخيرا بين الحلف والرد، فإذا لم يقبل الحلف عليه أن يرد اليمين على خصمه، وإذا لم يحلف ولم يرد عد ناكلا وحكم عليه.

وإذا رد اليمين على خصمه ونكل الخصم عنها حكم عليه.

والذي يظهر من كلام شراح قانون البينات أن البينة لا تسمع بعد القضاء بالنكول، فيعد الحكم بالنكول حكما نهائيا لا يجوز للناكل بعده أن يطلب إعادة المحاكمة بحجة ظهور بينات جديدة، فقد جعلوا النكول عن اليمين بمثابة الاعتراف من الناكل، وهو ما عبر عنه الفقهاء بالإقرار، بل لو نكل عن اليمين فحكم عليه فإنه لا يستطيع بعد ذلك أن يردها ثانية على الخصم[٤].

---

(١) ابن عابدين، **منحة الخالق**، ج٧ص٢٠٦.
(٢) انظر: الحموي، **غمز عيون البصائر**، ج٢ص٣٣٠.
(٣) انظر: ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص ٩٥. البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج٣ص٥٢٥.
(٤) انظر: نشأت، **رسالة الإثبات**، ج٢ص٩٥-٩٦. القضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص١٧٩. النداوي، **دور الحاكم المدني**، ص٢٩٢.

وهذا القول - كما أسلفت - يتفق - إلى حد ما - مع رأي الفقه، ولكنه يخالفه في أن القانون يحكم على الناكل مدعيا كان أو مدعى عليه، أما الفقه – الفقهاء الذين قالوا بالرد – فيحكمون على الناكل بعد أن ترد اليمين على المدعي ويحلف حقيقة، أما لو نكل المدعي عن الحلف سقطت الدعوى، بمعنى أنه لا ينظر فيها حتى يحلف المدعي أو يأتي ببينة جديدة.

كما أنه يمنح الحكم المبني على النكول، أو على اليمين حجية مطلقة، لاسيما بعد استنفاذ كامل الإجراءات القانونية المطلوبة لذلك، هذه الحجية تمنع الخصم أن من المطالبة بحقه بعد ذلك إذا ما ظفر ببينته.

وعليه: أرى أن القانون لم ينصف المدعي؛ لأنه ما على المدعى عليه إلا أن يقول: أرد اليمين على خصمي، فإن كان ذلك، لم يكن أمام هذا سوى أن يحلف، أو يترفع ويتورع عن الحلف، فإن كانت الثانية حكم عليه ومنع من أن يقوم ببينته بعد ذلك فيما لو ظهرت له. كما يمنع من الحلف بعد ذلك لو تيقن صدق دعواه.

الفرع الرابع – القرائن:

جمع قرينة، وهي من الملازمة والمصاحبة، يقال اقترن الشيء بغيره: اتصل به وصاحبه(١).

القرينة شرعا "كل أمارة ظاهرة تقارن شيئا خفيا فتدل عليه"(٢).

حجية القرائن:

اختلف الفقهاء في مشروعية القرائن للإثبات، والذي عليه جمهور أهل العلم(٣) أنها دليل من أدلة الإثبات، وهذا ما رجحه الفقهاء المحدثون(٤)، وتبنته القوانين المعاصرة(٥).

---

(١) انظر: أنيس، **الوسيط**، ج٢ص٧٣١.

(٢) انظر: الزرقا، أحمد بن مصطفى، (١٣٨٧-١٩٦٨). **المدخل الفقهي العام**. (ط١٠). دمشق: دار الفكر، ج٢ ص٩١٨.

(٣) انظر: ابن الغرس، **الفواكه البدرية**، مطبوع مع المجاني الزهرية للرشيدي، ص٨٣. الطرابلسي، **معين الحكام**، ص١٦٦. القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٨٩. ابن فرحون، **التبصرة**، ج٢ص١٠١. ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٣.

(٤) انظر: الزحيلي، **وسائل الإثبات**، ص٥١١. العمر، أيمن محمد، (١٤٢٤-٢٠٠٣). **المستجدات في وسائل الإثبات**. (ط١). باقة الغربية: مركز البحوث والدراسات الإسلامية، ص٢٧٦ وما بعدها. العزايزة، عدنان. **القرائن وحجيتها في الإثبات**. رسالة غير منشورة/ الجامعة الأردنية، ص١٢٢. والذي حققه هذا الأخير (العزايزة) في دراسته هذه: أن الفقهاء حيال القرينة والعمل بها ثلاثة أصناف: صنف عدها في طرق الإثبات وعمل بها، وآخر لم ينص عليها صراحة في طرق الإثبات ولكنه عمل بها، وثالث، نص على عدم صلاحيتها للاحتجاج، ولكن فروعهم الفقهية تدل على عملهم بها. وكأنه بهذا يشير إلى أن الخلاف في هذه المسألة لفظي فقط. انظر العزايزة، ص٣٥ وما بعدها من الرسالة. وجاء هذا التأكيد كذلك عند الزحيلي، انظر: **وسائل الإثبات**، ص٥٠١.

(٥) انظر: نشأت، **رسالة الإثبات**، ج٢ص١٨٦وما بعدها. القضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص١٩٥ وما بعدها.

كما اختلف الفقهاء في المواطن التي يحكم فيها بالقرائن، فذهب المالكيــة[١] والحنابلــة[٢] وابن الغرس من الحنفية[٣] إلى قبولها في المنازعات كافة، بما في ذلك الحدود والقصاص.

واستثنى الحنفية والشافعية الحدود، فلا تثبت عندهم بالقرينة[٤].

القوة الإثباتية للقرينة:

قسم الفقهاء القرائن إلى قاطعة وظنية، ويقصدون بالقرينة القاطعة ما أفادت العلم اليقيني، ولم يخالجها فيما أفادته شك[٥]، ومثل لها ابن الغرس بقوله: " لو ظهر إنــسان مــن دار ومعــه سكين في يده متلوث بالدماء، سريع الحركة، عليه أثر الخوف ظاهر، فدخلوا الــدار فــي ذلــك الوقت على الفور فوجدوا بها إنسانا مذبوحا لذلك الحين، وهو مضرج بدمائه، ولم يكن معه فــي الدار غير ذلك الرجل الذي وجد بتلك الصفة وهو خارج من الدار، أنه يؤخذ به وهو ظاهر إذ لا يمتري أحد في أنه قاتله"[٦].

وثمة صور متعددة مثل بها الفقهاء للقرينة القاطعة منها: لو رؤي إنــسان يعــدو وبيــده عمامة وعلى رأسه عمامة وآخر خلفه يطلبه حاسر الرأس ممن ليس شــأنه أن يمــشي حاســر الرأس فإنا نقطع أن العمامة التي بيده للآخر[٧].

ومن صور القرينة القاطعة في عصرنا الحاضر ما يعرف بالبصمة الوراثية (الحمــض النووي) Deoxyribose nucleic acid اختصار (DNA) وهو حمض نووي يحــوي علــى التعليمات الجينية التي تصف التطور البيولوجي للكائنات الحية ومعظم الفيروسات.

---

(١) انظر: القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٨٩. ابن فرحون، **التبصرة**، ج٢ص١٠١.

(٢) انظر: ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٣. ابن تيمية، أحمد. **السياسة الشرعية**. مكتبة ابــن تيميــة، ص١٣٧، فقد ذكر مســألة المرأة أذا وجدت حبلى وليس لها زوج، ولا سيد، ولا تدعي شــبهة فــي الحبل، فرجح أنها تحد بقرينة الحبل.

(٣) من هؤلاء: ابن الغرس في **الفواكه البدرية**، ص٨٣. وقد تبنت المجلة هذا الرأي في مادتها (١٧٤١)، فذكر شارحها علي حيدر أنه يعمل بالقرينة القاطعة فــي العقوبــات، انظــر: حيــدر، **درر الحكــام**، ج٤ص٤٨٤-٤٨٥.

(٤) انظر: ابن الهمام، **فتح القدير**، ج٥ص٢٤٦. العبادي، **الجوهرة النيرة**، ج٢ص١٥٣. ابــن عابــدين، **الحاشية**، ج٥ص٣٥٤. الشافعي، **الأم**، ج٨ص٣٦٨. الأنــصاري، **أســنى المطالــب**، ج٤ص١٣١. الهيتمي، **تحفة المحتاج**، ج٩ص١٠٧.

(٥) انظر: الحموي، **غمز عيون البصائر**، ج٢ص٤٤١. ابن عابدين، **الحاشية**، ج٥ص٥٥٠. عليش، **منح الجليل**، ج٤ص٩٠. قليوبي وعميرة، **حاشيتان**، ج٤ص٧٠.

(٦) ابن الغرس، **الفواكه البدرية**، ص٨٣-٨٤.

(٧) ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٢٦.

وقد أثبت العلم الحديث أن نسبة الصواب في هذا الفحص تصل إلى حد القطع. كما صدرت فتاوى عن جهات شرعية عدة تشير إلى اعتماد مثل هذا الفحص في كثير من القضايا[١].

وكذلك بصمة الأصبع، فإن الدراسات العلمية الحديثة تؤكد لنا استحالة تماثل البصمة بين شخصين حتى لو كانا توأمين انقسما من بويضة واحدة[٢].

ومن هنا: فإن الذين حكموا بها في الحدود والقصاص – وهم فقهاء المالكية[٣]، والإمام أحمد في رواية رجحها ابن تيمية وتلميذه ابن القيم[٤] – لم تكن لتقبل عندهم في ذلك لو لم تفد ظنا راجحا يساوي الظن المستفاد من الشهادة إن لم يكن فوقه، أو علما قاطعا كالذي يستفاد من الإقرار، وهذا ما نلاحظه في الأمثلة السابقة.

بل إن ابن القيم يصرح بأن القرينة القاطعة تفوق البينة والإقرار حجية، وعلل ذلك: بأنهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب، والقرينة القاطعة – كالتي صورت سابقا - نص صريح لا يتطرق إليه شبهة[٥].

ويبدو أن الفريق الآخر – أي المانعين من العمل بالقرائن في الحدود والقصاص – لا يخالفون في ذلك، خاصة وهم يصرحون بأن منها القرينة القاطعة[٦]، والقاطعة تعني ما أفاد اليقين والعلم، وهذا فوق البينة حجية، لأنها لا تفيد سوى غالب الظن.

وقد أتفق مع المساويين بين القرينة القاطعة من جهة والإقرار والبينة من جهة أخرى، إن لم تتقدمهما، ولكني إلى قول المانعين لها قبولا وعملا في الحدود أميل؛ عملا بحديث النبي

---

(١) نشرت مواقع عدة على الإنترنت مقالات علمية، ونتائج مخبرية دقيقة تشير إلى أن نسبة النجاح في مثل هذا الفحص، خاصة في إثبات النسب أو نفيه تصل إلى حد القطع، أي نسبة ١٠٠%. راجع: ما نشر على موقع www.smsma٤law.com، وما نشرته مجلة الدعوة على الإنترنت على موقعها www.aldaawah.com ، وكذلك: ما نشرته مجلة الوطن في يوم السبت ١٢ ربيع الأول ١٤٢٥هـ، موافق ١ مايو ٢٠٠٤م في العدد (١٣١٠) في مقال لـ حاتم صادق، بعنوان: "الحمض النووي سلاح فعال لكشف غموض الجرائم". وقد صدرت فتاوى عدة من جهات موثوقة تشير إلى اعتماد مثل هذا الفحص في كثير من القضايا الشرعية مثل التحقق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية، من ذلك ما صدر عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في دورتها الحادية عشرة، التي عقدت في الكويت بتاريخ ٢٣ جمادى الآخرة ١٤١٩هـ ففي جلسة خاصة منبثقة عن هذه الدورة عقدت في ٢٨ محرم ١٤٢١هـ تبنت اعتماد هذا الفحص في قضايا عدة منها ما سبق ذكره. وكذلك فتوى الدكتور إبراهيم الحمود الأستاذ بالمعهد العالي للقضاء، نشر على الإنترنت، على موقع www.aldaawah.com يقول: في حال تطابق صفات الابن مع والديه تكون قرينة قاطعة في إثبات النسب.

(٢) انظر: العمري، **المستجدات في وسائل الإثبات**، ص٣٠٨. وللمزيد يرجع مجلة الدعوة الإسلامية في موقعها على الإنترنت www.aldaawah.com،

(٣) انظر: القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٨٩. ابن فرحون، **التبصرة**، ج٢ص١٠١.

(٤) ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٣.

(٥) ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٣.

(٦) انظر: ابن عابدين، **الحاشية**، ج٥ص٥٥٠. الطرابلسي، **معين الحكام**، ص١٦٦. قليوبي وعميرة، **حاشيتان**، ج٤ص٧٠.

ﷺ: "ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة"، وقد سبق التعليق على هذا الحديث، وجملة القول فيه: أن ثمة نصوص متعددة عضدته فصحح العلماء الاحتجاج به[١].

وما استدل به أصحاب القول السابق من آثار عن بعض الصحابة تدلل على أخذهم بالقرينة القاطعة في الحدود، كالحبل؛ استدلوا به على وقوع الزنا، والمال في يد المتهم؛ استدلوا به على حدوث السرقة منه، فحكموا في الأولى بالرجم أو الجلد، وفي الثانية بالقطع وهكذا، فيمكن أن يجاب عن هذه الآثار بأنها معارضة بأخرى عن هؤلاء الصحابة تشير إلى عدم اعتدادهم في ذلك بالقرائن[٢] وحدها، وإنما بعد أن يثبت ببينة، أو إقرار، أما القرينة وحدها دون وجود ما يدعمها فلا.

وقد يحمل ما جاء عنهم في ذلك بأن المتهمين كانوا يعترفون بجرمهم بعد أن تثبت إدانتهم بسطوع القرائن والبراهين على تجريمهم، فيقام الحد بناء على إقرارهم لا على القرينة، وإنما كانت القرينة سببا في اشتباههم دون سواهم من الناس.

ولا يعد هذا القول إضعافا للقوة الاحتجاجية التي تتمتع بها القرينة، وإنما اخترته - رغم وجاهة وقوة مذهب مخالفيه - عملا بالحديث السابق، الذي عضدته سنة النبي ﷺ، وسيرة صحابة الكرام وسلفهم الصالح، فكانوا يجتهدون في درء الحد لا في طلبه، ثم احتياطا في دفع الشبهات ورفعها، وتضيقا للسبل المفضية إلى إقامة الحدود، وقصرها فيما ثبت عن الله ورسوله نصا، ولا أرى من قامت القرائن القاطعة على تجريمه إلا مقرا معترفا، ولا أظنه يطيق الأنكار والجحود أبدا، فلا بد له من أن يعترف بجرمه ويقر به، فتكون القرينة سبيلا لاشتباهه واتهامه، وإن لم يقر بجرمه فلن يفر من عقوبة التعزير.

أما القوة الاحتجاجية للقرينة القاطعة فهي لا تقل عن البينة (الشهادة) والإقرار عند الذين حكموا بها في الدعاوى كافة إن لم تكن فوقهما كما صرح ابن القيم في كلامه السابق، وأظنها كذلك عند الآخرين، والذي أميل إليه أنها حجة مقبولة في الدعاوى كافة باستثناء الحدود، والقتل في القصاص؛ لما أسلفت، أما ما سوى ذلك فأرى أنها متى أفادت القطع (بأن كانت بالوصف المبين في الأمثلة السابقة) تقدم على الشهادة، أما الإقرار فأرى أنها تعارضه.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) ذكر البيهقي في **السنن الكبرى** من الآثار ما يدل على اقامتهم للحد بوجود الحبل، وذكر كذلك أن عمر رضي الله عنه منع إقامة الحد بمجرد القرينة كالحبل، أو وجود المال المسروق في يد المتهم، انظر: البيهقي، ج٨ص٢٣٦.

وواضح من كلام الفقهاء أن القرائن منها القوي، ومنها الضعيف، ومنها ما بين ذلك، فالاعتماد عليها في الحكم يرجع إلى القاضي ومدى ثقته بها وركونه إليها، يقول ابن القيم: "والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهده، وفي القرائن الحالية والمقالية كجزئيات وكليات الأحكام، أضاع حقوقا كثيرة..."[١]. وفي معين الحكام: "قال بعض العلماء: على الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات إذا تعارضت، فما ترجح منها قضي بجانب الترجيح وهو قوة التهمة، ولا خلاف في الحكم بها..."[٢].

والقرائن في أيامنا هذه تحتل مكانا كبيرا في يوميات القضاء، والتحقيقات التي تجري في ملابسات الجرائم، والتهم الحادثة، بل إن ما يعرف (بالطب الشرعي) يقوم بالكشف عن الجناة والمجرمين من خلال القرائن المحتفة بالجرائم، فهذه القرائن بعضها يصل إلى حد القطع الذي لا مراء فيه، فعندها تكون - وبدون شك - مقدمة على كثير من طرق الإثبات، متعارضة مع البقية منها، وبعضها دون ذلك دلالة فهي مرجحة ومعينة، ولا يصح الحكم بها بمفردها، وبعضها ضعيف يصلح للاستئناس ليس أكثر.

القرائن وحجيتها قانونا:

عرف القانون القرينة بقوله: "هي استنباط الشارع أو القاضي لأمر مجهول من أمر معلوم"[٣].

والقانون في هذا التعريف جمع بين نوعي القرينة: القانونية، وهي من استنباط واضع القانون (المشرع القانوني)، والقضائية، وهي من استنباط القاضي، ومن حيث الجملة فإن القانون يقترب من الفقه في نظرته للقرائن، فهي محل اعتبار واهتمام من قبله، وتحظى بمكانة مقبولة في الإثبات، كما أنها اعتمدت كثيرا في بناء الأحكام.

وكما قدمت فقد قسم القانون القرائن إلى قانونية، وقضائية.

أولا - القرائن القانونية وهي ما نص عليها القانون نصا صريحا، فهي من استنباط المشرع، وعمله، وهي تغني من تقررت لمصلحته عن عبء الإثبات[٤].

---

(١) ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص١٠. وانظر: ابن فرحون، **التبصرة**، ج٢ص٨٦ وما بعدها. البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٤٩٠.

(٢) الطرابلسي، **معين الحكام**، ص١٦٦.

(٣) انظر: نشأت، **رسالة الإثبات**، ج٢ص١٨٦. النداوي، **دور الحاكم في الإثبات**، ص٣٠٠.

(٤) انظر: نص المادة (٤٠) من قانون البينات.

ومن أمثلة هذا النوع ما جاء في المادة (١١٢٨) من القانون المدني الأردني مـن أن أي عمل قانوني يصدر عن المريض في مرض الموت يقصد منه التبرع يعد تصرفا مضافا إلى مـا بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا ما كانت التسمية التي تعطى له[١].

وتقسم القرائن القانونية إلى بسيطة، وقاطعة.

أما القرائن البسيطة فيقصد بها كل قرينة لا تبلغ حد القطع إثباتا، فيجوز إثبات عكـسها بطرق الإثبات الأخرى، والأصل في القرائن القانونية أن تكون كذلك، أي يجوز نقضها بإثبـات عكسها، ولكن إلى أن يتحقق ذلك يلزم القاضي الحكم بها، ومهمتها أن تزيل عبء الإثبات عـن المدعي، فلا يلزم ببينة بعد أن شهدت له.

ولكن هذه القرينة ضعيفة أمام بينة الخصم، فلا تقاوم الشهادة، ولا تقاوم كـذلك القرينـة القضائية، ولو كانت الواقعة محل الإثبات تزيد قيمتها على عشرة دنانير[٢].

أما القرائن القانونية القاطعة فهي التي لا يمكن معارضتها بإثبات عكسها، وهـي قليلـة نسبيا، إذ الأصل في القرائن عدم القطع، ومن أمثلتها ما يعبر عنه بقوة الأمر المقضي، ومؤداها أن الأحكام التي حازت الدرجة القطعية تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبـول دليل ينقض هذه القرينة[٣].

ثانيا - القرائن القضائية فهي التي يستنتجها الحاكم من ظـروف الـدعوى[٤]، فيقـدرها القاضي بنظره وبصيرته، ويمكن أن تكون مدار الحكم، ولكنها غير ملزمة للحاكم كما هو الحال في القرائن القانونية، وبرغم الدور الذي منحه القانون للقرائن القـضائية فـي تقريـر الأحكـام وإنشائها إلا أنه ضيق نطاق عملها، ومن ثم أضعف قوتها الإثباتية، فهي لا تتجاوز الشهادة قوة، بل هما متساويتان، وعليه لا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية في التـصرفات القانونيـة التـي تتجاوز قيمتها خمسين دينارا، كما لا يجوز الإثبات بها في التصرفات غير المحددة القيمـة، ولا في إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة أو ما يجاوزها.

ويدخل في هذا النوع من القرائن وسائل التقدم العلمي الحديث مثل تـسجيل الـصوت، وتحليل الدم، ونحوه[٥].

---

(١) المادة (١١٢٨) من القانون المدني الأردني.

(٢) انظر: القضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص١٩٥ وما بعدها. العبودي، **شرح أحكام قانون الإثبات المدني**، ص٢٧٦...

(٣) انظر: القضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص١٩٥ وما بعدها. العبودي، **شرح أحكام قانون الإثبات المدني**، ص٢٧٦...

(٤) راجع المادة ٤٣ من قانون البينات الأردني رقم(٣٧) لسنة ٢٠٠١.

(٥) انظر: نشأت، **رسالة الإثبات**، ج٢ص١٧٨. العبودي، **شرح أحكام قانون الإثبات**، ص٢٨٤. القضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص٢٠٠.

واضح أن القانون يتفق مع الفقه في اعتبار القرينة، وفي تقسيمها إلى قاطعة وظنية، ولكنه نحى منحا جديدا في تقسيمه إياها من الناحية الهيكلية، فجعلها قانونية، وقضائية، وهذا ما لم نشهده في الفقه، ولعل السبب أن الفقه الإسلامي أطلق القرينة وأراد منها القضائية - بتعبير القانون - وهي التي تستنبط من ظروف الدعوى وملابساتها، أما القرينة القانونية فهي أشبه بالظاهر الذي يشهد للخصم، ويدعم جنبته، فيُكفى بها عبء الإثبات، وتجعله في موقف المدعى عليه، حتى لو كان مدعيا، يقول صاحب رسالة الإثبات: "ويجب أن يلاحظ أنه لا تصرف للقاضي في القرائن القانونية، ولو اعتقد عدم صحتها، لأنها تقررت بنص القانون، وهو لا يقول في حكمه أنه حكم بناء على كذا، وإنما بناء على المادة كذا، ويكفي لمن كانت القرينة في مصلحته أن يتمسك بالمادة التي نصت عليها"[١].

وثمة توجه في القانون الحديث يذهب إلى عدم اعتبار القرينة قاطعة مطلقا، فما كان منها كذلك لا ينبغي أن يعد من القرائن، بل يأخذ صفة القاعدة الموضوعية المبنية على قرائن، ويعللون ذلك بأن القرينة القاطعة التي يفرض القانون دلالتها فرضا فلا سبيل إلى التخلص منه بإثبات عكسها لا تتفق مع معنى الدليل، لأن فكرة الدليل تقتضي دائما أن يتاح إثبات ما يناقضه[٢].

---

(١) نشأت، **رسالة الإثبات**، ج٢ص١٩١.
(٢) انظر: القضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص٢٠٠.

المبحث الثاني

المرجحات (القرائن المصاحبة وأثرها في الترجيح)، وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول – اليد وأثرها في الترجيح.

المطلب الثاني – الترجيح بالتاريخ.

المطلب الثالث – الترجيح بالعدد.

المطلب الرابع – الترجيح بالعدالة.

المطلب الخامس – بسبب الملك.

المطلب السادس – الترجيح بزيادة الإثبات.

المطلب الأول

اليد وأثرها في الترجيح

تمهيد:

يقصد باليد الحيازة والتصرف في الشيء تصرف الملاك، وهي التي يعلم أصلها، أو يجهل، أما ما علم كذبها كيد الغصب والأمانة والمرتهنة فلا أثر لها في الترجيح[١].

وعرفت المجلة في المادة (١٦٧٩) ذا اليد بقولها: "ذو اليد هو الذي وضع يده على عين بالفعل، أو الذي ثبت تصرفه تصرف الملاك".

أما صور اليد الدالة على الملك فمنها: السكنى في البيت، والقيادة لوسائل النقل، واللبس للثياب، والزرع والحرث للأرض[٢].

جاء في تبصرة الحكام : " فصل في حيازة الأجنبي الحيوان والعروض: قال ابن حبيب: قال لي مطرف وأصبغ ما حازه الأجنبي على الأجنبي من العبيد والإماء والدواب والحيوان كله والعروض كلها فأقام ذلك في يديه، يختدم الرقيق، ويركب الدواب، ويحلب الماشية، ويمتهن العروض فذلك كله كالحائز... قالا: والحيوان والعروض أقصر مدة وأقوى في الحيازة من الدور والأرضين التي إنما تحاز بالعمارة والسكنى..."[٣].

هل اليد - بوصفها المتقدم – تعد مرجحا بين البينات المتعارضة؟

هذه المسألة عند الفقهاء تقع تحت مسألة دعوى الخارج على ذي اليد – الداخل – فلو أقام الخارج بينة تشهد بملكه للمدعى، وأقام الداخل بينة بذلك، فهل ترجح بينة الداخل مع قرينة اليد الدالة على الملك، أم لا؟

وقبل الإجابة عن هذا التساؤل، أود تسجيل الحقائق الآتية:

أولا – المقصود باليد في هذه المسألة هي اليد الدالة على الملك، المستصحبة له إلى الحال، ويكون ذلك: إما بالبينة، أو بأن يجهل أصلها مع ادعاء الملك، أما مجرد الحوز فلا يكفي، وكان بحث الفقهاء لها في هذا الإطار.

---

(١) انظر: ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٢٦٥. الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص٢٢١. ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص٢٣٢.

(٢) الباجي، **فصول الأحكام**، ص١٥٢.

(٣) ابن فرحون، **التبصرة**، ج٢ص٩١-٩٢.

أما دعوى الحوز المجرد من ادعاء الملك إذا ما تعارضت مع دعوى الملك فتلك مسألة أخرى، بحثت عند الفقهاء تحت عنوان: دعوى الملك ودعوى الحيازة، وجيعهم متفق على أنه لو تعارضت بينة الملك مع بينة مجرد اليد (الحوز)، بأن ادعى الخارج أنها له ملكا، وأقام بينة بذلك، وادعى الداخل أن يده عليها ولم يدع ملكيتها، وأقام بينة بذلك، ترجح بينة الملك على بينة الحوز[١].

ثانيا – ثمة موضع في هذه المسألة – دعوى الخارج على ذي اليد - محل اتفاق بين الفقهاء: هو تقديم بينة الداخل في دعاوى الملك المقيد بسبب لا يتكرر، كدعوى النتاج، والبناء فيما لا يتكرر بناؤه ونحو ذلك عند جمهور الفقهاء باستثناء الظاهرية، والحنابلة في رواية، وسيأتي تفصيل ذلك في حينه.

وما عدا ما سبق ففيه تفصيل، اتفق بعض الفقهاء على بعضه، واختلفوا في أكثره، وإليك بيان ذلك:

وأبدأ بتصوير المسألة: هل تعد اليد الدالة على الملك ظاهرا المستصحبة له مرجحا لبينة صاحبها؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: تقدم بينة الخارج، وهو مذهب الحنفية[٢]، والحنابلة[٣]، والظاهرية[٤]، والزيدية[٥].

استدل هؤلاء بحديث النبي ﷺ: "البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه"[٦]، فجعل جنس البينة في جنبة المدعي، فلا يبقى في جنبة المدعى عليه بينة[٧].

---

(١) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ص٥٤. الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٣٥٥. ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ ص٢٦٥. القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٤١. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨٣. الشيرازي، **المهذب**، ج٢ص٤٣٦. ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٧٣. ابن مفلح، **الفروع**، ج٦ص٥٣٧.

(٢) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ص٥٤. ابن قاضي سماونة، **جامع الفصولين**، ج١ص٧٦. ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج٧ص٢٤٤. الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٣٥٤. ابن عابدين، **الحاشية**، ج٥٧٠.

(٣) انظر: البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٤٩٥.

(٤) انظر: ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٥٣٧.

(٥) انظر: الصنعاني، **التاج المذهب**، ج٤ص١٩-٢٠. ابن المرتضى، **البحر الزخار**، ج٥ص٣٩٩. الشوكاني، **السيل الجرار**، ج٤ص١٥٢.

(٦) رواه الترمذي في **السنن**. تحقيق فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار الفكر، باب البينة على المدعي، ج٢ ص٧٧٨، رقم (٢٣٢١). والبيهقي، **السنن الكبرى**، كتاب الدعوى والبينات، ج ١٠ ص ٣٥٢.

(٧) انظر: الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٣٥٤. الحسام الشهيد، **شرح أدب القضاء**، ص٣٦٢. ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٦٩.

أجيب عنه بأن المدعي إن فسر بالطالب فصاحب اليد طالب لنفسه ما طلبه الآخر لنفسه، فتكون البينة مشروعة في حقه.

وإن فسر بأضعف المتداعيين سببا، فالخارج لما أقام بينة صار الداخل أضعف، فوجب أن يكون مدعيا تشرع البينة في حقه(١).

ثم إن الحديث يبين الجهة التي يقع عليها عبء الإثبات في الدعوى القضائية، إذ ليس عدلا أن يكلف من شهد الظاهر له عبء الإثبات، حتى إذا عجز - وهو الأغلب - قضي عليه، عندها يتجرأ المبطلون على حقوق العباد، لأنهم سينالون مرادهم حال عجز المدعى عليهم عن الإثبات دون أن يُكلّفوا إثباتا، وما عليهم سوى الادعاء، فإن عجز المدعى عليه عن إثبات حقه حكم للآخر وهكذا، فلم يبق غير أن الحديث حدد على من يقع العبء الأكبر وهو الإثبات، ولا يدل ذلك على رفض بينة من لم يكلف عبء الإثبات. ولو كان الأمر كما قالوا لكان نص الحديث "البينة للمدعي، وليس "البينة على المدعي" فكلمة "على" أفادت أنه عبء يطالب به المدعي، ولو قام به المدعى عليه لقبل منه رغم أنه لم يكلفه.

واستدلوا بما روي عن الشعبي أنه قال: "لا يسأل مدعى عليه بينة"(٢).

ويجاب عنه بأنه لا يكلفها إذا عجز المدعي عن الإثبات.

وقالوا: إن بينة المدعي أكثر فائدة؛ لأنها تثبت سببا لم يكن، وبينة المنكر إنما تثبت ظاهرا تدل اليد عليه فلم تكن مفيدة، لأن الشهادة بالملك قد يكون مستندها رؤية اليد والتصرف، فصارت البينة بمنزلة اليد المفردة فتقدم عليها بينة المدعي(٣).

ويمكن أن يجاب عنه بأن بينة المدعى عليه قد تفيد أكثر مما تفيده اليد والتصرف، فلا يقال عندها إنها لم تأت بجديد غير ما دل عليه ظاهر اليد، أو إن بينة المدعي أكثر منها فائدة.

ومن أدلتهم: أن بينة الخارج أظهرت له سبق الملك فكان القضاء بها أولى، لأنه لما قامت بينة الخارج على ملك مطلق، أظهرت له سبق اليد، لأن البينة على ملك مطلق لا تحل بغير علم، ولا يحصل العلم بالملك إلا بعد العلم بدليل الملك، ولا دليل على الملك المطلق سوى اليد، فإذا شهدوا للخارج فقد أثبتوا كون المال في يده، وكون المال في يد ذي اليد ظاهرا ثابت للحال فكانت يد الخارج سابقة على يده فكان ملكه سابقا ضرورة، وإذا ثبت سبق الملك للخارج يقضى ببينته(٤).

---

(١) انظر: القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٤٠.
(٢) انظر: الحسام الشهيد، **شرح أدب القاضي**، ص٣٦٢.
(٣) انظر: البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٤٩٥.
(٤) انظر: الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٣٥٤.

ويجاب عن هذا بأن بينة الداخل قد تظهر له سبق الملك نصا، فعندها لا يقال إن بينة الخارج أظهرت سبقه.

حدود وقيود على هذا القول:

مذهب الحنفية:

أولا – دعاوى الملك المطلق سببا:

الأصل عند هؤلاء ترجيح بينة الخارج، لكن ثمة حالات في هذه الدعاوى كانت محل خلاف بين فقهاء الحنفية، منها: ما إذا أطلقت إحداهما وقتا، وقيدت الأخرى، فذهب أبو يوسف إلى ترجيح صاحبة الوقت، وروي مثله عن أبي حنيفة، واحتج بأن بينته أقدم من المطلق.

وعند أبي حنيفة ومحمد يقضى للخارج ولا عبرة للوقت؛ لأن بينة ذي اليد إنما تقبل إذا كانت متضمنة معنى الدفع وهنا وقع الاحتمال في معنى الدفع لوقوع الشك في وجوب التلقي من جهته لجواز أن شهود الخارج لو وقتوا لكان أقدم فإذا وقع الشك في تضمنه معنى الدفع فلا تقبل مع الشك والاحتمال.

ومنها: إذا وقتت البينتان ووقت أحدهما أسبق، رجح أسبقهما وقتا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد.

وروى ابن سماعة عن محمد رجوعه عن هذا القول، وقال: لا يقبل من صاحب اليد بينة على وقت وغيره إلا في النتاج؛ لأن البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فاستوى التقدم والتأخر فيقضى للخارج.

ولهما أن البينة مع التاريخ تتضمن معنى الدفع فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي منه فصارت بينة ذي اليد بذكر التاريخ متضمنة دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بعد إثبات التلقي من قبله وبينته على الدفع مقبولة[1].

رجح الكاساني جواب ظاهر الرواية لأن بينة صاحب الوقت الأسبق أظهرت الملك له في وقت لا ينازعه فيه أحد[2].

---

(1) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ص٥٤. ابن قاضي سماونة، **جامع الفصولين**، ج١ص٧٦. ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج٧ص٢٤٤. الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٣٥٤. ابن عابدين، **الحاشية**، ج٥ ص٥٧٠.

(2) انظر: الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٣٥٥.

ثانيا – دعاوى الملك بسبب:

الأصل عندهم في مثل هذه الدعاوى أن المنازعة إذا وقعت في سبب ملك لا يحتمل التكرار مثل ما كان في معنى النتاج، فإنه يقضى لصاحب اليد، وإذا وقعت في سبب ملك يحتمل التكرار، لا يكون في معنى النتاج، يقضى للخارج، وإن أشكل الملك أنه يحتمل التكرار أو لا، يقضى للخارج أيضا[١].

ولكن ثمة استثناءات على هذا الأصل، أبينه تفصيلا في الآتي:

١. في دعوى الإرث إذا وقتا وكان أحدهما أسبق وقتا يقضى لأسبقهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد في الأول.

وعند محمد في الآخر يقضى للخارج؛ لأن دعوى الإرث دعوى ملك الميت، فهما لا يدعيان الملك لأنفسهما ابتداء بل لمورثهما ثم يجرانه إلى أنفسهما ولا تاريخ لملك المورثين فصار كما لو حضر المورثان وبرهنا على الملك المطلق.

٢. أما إذا كان السبب هو الشراء، فلو ادعيا الشراء ولم يذكرا قبضا ولا وقتا لم تقبل البينتان عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ولا يجب لواحد منهما على صاحبه شيء، وترك المدعى في يد ذي اليد، وعند محمد يقضى بالبينتين ويؤمر بتسليم المدعى إلى الخارج.

وإذا وقتت البينتان ووقت الخارج أسبق ولم يذكرا قبضا يقضى بالدار لصاحب اليد عندهما، وعند محمد يقضى للخارج لأن وقت الخارج إذا كان أسبق جعل كأنه اشترى الدار أولا[٢].

ويلاحظ أن مذهب محمد لم يخالف مقتضى أصلهم السابق في دعاوى: الميراث، والشراء.

يقول صاحب جامع الفصولين بعد أن ذكر الأصل الذي اعتمدوه في ترجيح بينة الخارج أو الداخل في دعاوى الملك بسبب: "وعلى هذا ينبغي أن يقضى للخارج في دعوى الشراء لأنه مما يتكرر"[٣]، فكأنه بهذا يرجح ما ذهب إليه الإمام محمد.

٣. إذا كان السبب هو النتاج: في دعوى النتاج يحكم ببينة ذي اليد، وكذا لو ادعى ذو اليد نتاجا والخارج ملكا مطلقا، ولو أرخا يحكم لذي اليد أيضا إلا إذا خالف سنه لوقت ذي اليد ووافق لوقت الخارج فيحلفان قيل هذا ينافي ما مر من حكمكم للخارج، ولو خالف سنه للوقتين لغت البينتان عند عامة المشايخ ويترك في يد ذي اليد على ما كان.

---

(١) ابن قاضي سماونة، **جامع الفصولين**، ج١ص٧٨. الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٣٥٤ وما بعدها.
(٢) انظر: الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٣٥٦.
(٣) ابن قاضي سماونة، **جامع الفصولين**، ج١ص٧٨.

ولو أشكل سنه يقضى به لذي اليد[١].

ونقل صاحب جامع الفصولين عن شرح الهداية أن التاريخ في النتاج لغـو، واعتـرض على ذلك بأنه لو خالف سنه لوقت ذي اليد ووافق لوقت الخارج يحكم للخـارج اعتبـر التاريخ ولا يحكم به لذي اليد[٢].

مذهب الحنابلة، ومن وافقهم:

الحنابلة - من حيث الجملة - يرجحون بينة الخارج[٣]، جاء في كشاف القنـاع: "...وإن كانت العين بيد أحدهما وكان لكل منهما بينة، سمعت بينة المدعي - وهو الخارج - وحكـم لـه بها، سواء أقيمت بينة المنكر وهو الداخل – أي واضع اليد – بعد رفع يده، أو لا، وسواء شهدت بينته – أي الداخل – أنها له نتجت - بالبناء للمفعول - في ملكه، أو أنها له قطيعة من الإمـام، أو لا"[٤].

ويفهم من هذا أن بينة الخارج تقدم سواء شهدت بملك مطلق، أو مقيد بسبب يتكـرر، أو لا يتكرر، ولكن ما ذُكر بعد ذلك في الكتاب نفسه يدلل على أنهم يُعمِلون بينة الداخل في مواطن، وهو ما تشير إليه الرواية الثانية عن الإمام أحمد والتي تنص على أنه إن شهدت بينـة الـداخل بسبب الملك، أو كانت أقدم تاريخا قدمت، وإلا قدمت بينة المدعي، وذكر القاضي أنهـا الروايـة الوحيدة، جاء عنه (أي القاضي): "لا تقبل بينة الداخل إذا لم تفـد إلا مـا أفادتـه يـده روايـة واحدة"[٥]، وفي الإنصاف: "إذا لم يكن مع بينة الداخل ترجيح لم يحكم بها، رواية واحدة"[٦].

وفي رواية ثالثة عن الإمام أحمد ذكرها واختارها أبو الخطاب، واختارها أبـو محمـد الجوزي كذلك: أن بينة الداخل تقدم بكل حال. وأنكر القاضي كون هذا رواية عن أحمد[٧].

وعليه فإن الحنابلة في الرواية الأولى يقدمون بينة الخارج مطلقا، أمـا فـي الأخـرى فيقدمون ذاكرة السبب، أو التاريخ ونحوه - وهو ما عبر عنه: بأن تفيد بينة الـداخل غيـر مـا أفادته يده - على بينة الخارج.

---

(١) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ص٥٤. ابن قاضي سماونة، **جامع الفـصولين**، ج١ص٧٦. ابـن نجيم، **البحر الرائق**، ج٧ص٢٤٤. الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٣٥٤. ابن عابدين، **الحاشية**، ج٥٧٠.

(٢) ابن قاضي سماونة، **جامع الفصولين**، ج١ص٧٨.

(٣) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٦٨. معه: المقدسي، **الشرح الكبيـر**، ج١٢ص١٨٢. البهـوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٤٩٤. المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ص٣٨٠-٣٨١.

(٤) البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٤٩٤.

(٥) ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٦٨.

(٦) المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ ص٣٨١.

(٧) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٦٨. المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ص٣٨١.

أما الزيدية فقد اعتدوا كثيرا بينة الخارج، فهي مقدمة عندهم مطلقا ما لم يقم مانع من ذلك[١].

وقد انتقد الإمام الشوكاني هذا الاعتداد، معتبرا أن اشتراطهم عدم قيام مانع يمنع ترجيح بينة الخارج قلل مفسدة ذلك، يقول: "وقد قلل مفسدة هذا الاطلاق قوله – أي المصنف - إلا لمانع"[٢].

وذكر قبل ذلك ما يدل على قبوله بينة الداخل إذا قام سبب يدعو إلى ذلك، وهو ما يشير إلى اقترابه – إن لم نقل توافقه - مع مذهب الحنابلة في الرواية الثانية عن أحمد، والتي تجيز العمل ببينة الداخل إذا أفادت غير ما أفادته يده: " قوله – أي المصنف - : " فإن بيَّنا فللخارج" أقول – يعني الشوكاني - : عللوا هذا بأن البينة الخارجة تستند إلى شيء أقوى مما تفيده بينة الداخل، فأنها تستند إلى مجرد ثبوت اليد، وهو لا يفيد إلا الاستصحاب، ولا يخفاك أن هذا لا يتم إلا على تقدير: إن الشهادة الخارجة مستندة إلى شيء وهو أقوى مما يفيده بينة الداخل، وحينئذ فليس المرجح لها مجرد كونها خارجة، بل المرجح لها قوي مستندها، فأنها لو شهدت بمستند مثل مستند بينة الداخل، أو كانت بينة الداخل بمستند مساو لبينة الخارج غير مجرد الثبوت لم يكن لهذا الترجيح وجه"[٣].

مذهب الظاهرية:

هؤلاء لا يأبهون ببينة الداخل، ولا يلتفتون إليها، متمسكين بظاهر الحديث، جاء في المحلى: "... قال أبو محمد: وليس كما قالوا، بل بينة من الشيء في يده غير مسموعة، لأن الله تعالى لم يكلفهم ببينة، إنما حكم الله تعالى على لسان رسوله عليه الصلاة والسلام بأن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، فقال عليه الصلاة والسلام: "بينتك أو يمينه، ليس لك غير ذلك"، فصح أنه لا يلتفت إلى بينة المدعى عليه"[٤].

من مجموع ما سبق نجد أن أصحاب هذا الرأي يتفقون - باستثناء الظاهرية - على ترجيح بينة الخارج إذا لم تفد بينة الداخل غير ما أفادته يده، أما لو أفادت غير ما أفادته يده فالمسألة عندهم موضع تفصيل ونظر.

---

(١) انظر: الصنعاني، **التاج المذهب**، ج٤ص١٩-٢٠. ابن المرتضى، **البحر الزخار**، ج٥ص٣٩٩.
(٢) الشوكاني، **السيل الجرار**، ج٤ص١٥٢.
(٣) الشوكاني، **السيل الجرار**، ج٤ص١٥٢.
(٤) ابن حزم، **المحلى**، ج٨ ص٥٣٧.

القول الثاني – تقدم بينة الداخل، وهو مذهب: المالكية[١]، والشافعية[٢]، وأبي الخطاب والجوزي من الحنابلة[٣].

استدل هؤلاء بما روي أن رجلين تحاكما إلى النبي ﷺ في دابة وأقام كل واحد البينة أنها له، فقضى بها رسول الله ﷺ لصاحب اليد[٤].

ولأن اليد مرجحة كما لو لم يكن لهما بينة[٥].

وقاسوا كذلك على الخبرين اللذين مع أحدهما قياس[٦].

حدود وقيود على هذا القول:

مذهب المالكية:

يرى فقهاء المالكية في المشهور أن اليد مرجحة لبينة صاحب اليد، فيحكم لصاحب اليد، وهو معنى قولهم: "تقدم بينة الداخل على بينة الخارج عند التكافؤ"[٧].

خالف في ذلك عبد الملك، وقال بتقديم بينة المدعي؛ لحديث "البينة على المدعي..."[٨].

واشترطوا يمين صاحب اليد فإن نكل حلف المدعي وحكم له به، فإن نكل أقر على يـد من هو في يده.

اليد مرجح ضعيف عند المالكية:

ذكر القرافي أن ثمة أوجه ثمانية يقع بها الترجيح بين البينات المتعارضة، وأن الخـلاف حاصل في الترجيح بها تقديما وتأخيرا، يقول: "...فعندنا يقدم صاحب اليد عند التساوي، أو هـو مع البينة الأعدل..."[٩].

ومن هذا نفهم أنهم يقدمون البينة الأقوى، فإن استويا قدمت صاحبة اليد.

---

(١) انظر: القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٣٨. الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص٢٢١. ابـن فرحـون، **التبـصرة**، ج١ص٢٦٤. عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٣٩.

(٢) انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨١. ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص٢١٩ وما بعدها.

(٣) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٦٨. المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ص٣٨١.

(٤) رواه البهقي في **السنن الكبرى**، ج١٠ص٢٥٦، كتاب الدعوى والبينات، وابن حجر فـي التلخـيص الحبير، ج٤ص٢١٠، رقم (٢١٤١)، وقال: "إسناده ضعيف". وروى الدارقطني، والبيهقي في سننيهما أن رجلين اختصما إلى النبي ص في ناقة فقال كل واحد منهما نتجت هذه الناقة عندي، وأقام بينـة، فقضى بها رسول الله ص للذي هي في يده"، انظر: الدار قطني، **السنن**، رقـم (٢١)، ج٤ص٢٠٩. البيهقي، **السنن**، ج١٠ ص٢٥٦، كتاب الدعوى والبينات، وهو حديث ضعيف كذلك، انظـر: ابـن الملقن، **خلاصة البدر المنير**، ج٢ص٤٥١، رقم (٢٩٥١)، قال: "رواه الشافعي، والدار قطني، والبيهقي من رواية جابر بإسناد ضعيف".

(٥) انظر: القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٤٠.

(٦) انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨٠.

(٧) انظر: ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٢٦٤.

(٨) سبق تخريجه.

(٩) القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٣٨.

وصرح فقهاؤهم بأن الترجيح يقع بوجوه[١]، والذي يبدو من كلامهم أن العدالة تحتل مكانا متقدما من بين سائر المرجحات، ولكن الترجيح بها مقصور على دعاوى المال وما يؤول إليه، أو بعبارة أخرى: كل ما يثبت بالشاهد مع اليمين، وهذا على قول أن العدالة بمنزلة الشاهد الواحد، وهو المشهور[٢]، وعلى رأي من يرى أنها بمنزلة الشاهدين فيرجح بها كل شيء[٣].

ويجيء في المرتبة الثانية الترجيح بقوة البينة، كالشاهدين يقدمان على الشاهد واليمين، جاء في تبصرة ابن فرحون: " وعلى المشهور فإن كانت بينة الخارج أرجح قدمت، لأن اليد لا اعتبار لها مع الحجة الضعيفة"[٤].

أما الترجيح بالتاريخ فالمالكية يقدمونه على الترجيح باليد، ففي تبصرة ابن فرحون ذكره في المقام الثالث بعد العدالة، والبينة الأقوى. وجاء في منح الجليل: "... أقضي ببينة أبعد التاريخ إن عدلت وإن كانت الأخرى أعدل، ولا أبالي بيد من كانت الأمة منهما..."[٥].

وهذا يشير إلى أن المالكية يعتدون بالتاريخ ويقدمونه على اليد ترجيحا، وهو ما يمكن أن يفسر به كلام القرافي: بتقديم اليد عند التعادل، ثم ذِكْرُه – بعد ذلك - زيادة التاريخ[٦]، فإذا تعادلت البينتان - زمانيا - إطلاقا وتقييدا قدمت صاحبة اليد على الأخرى.

بعد ذلك يجيء الترجيح باليد، فقد ذكر القرافي أن الترجيح بها يكون عند التعادل، وجاء قوله بعد ذلك: "...ووقع الخلاف في هذه الترجيحات بين العلماء، فعندنا يقدم صاحب اليد عند التساوي، أو هو مع البينة الأعدل، كانت الدعوى أو الشهادة بمطلق الملك، أو مضافا إلى سبب نحو هو ملكي نسجته، أو ولدته الدابة عندي في ملكي. كان السبب المضاف إليه الملك يتكرر كنسج الخز، وغرس النخل ام لا"[٧].

وجاء في شرح ميارة الفاسي تفسيرا لقوله: "عند التساوي"، نقلا عن التوضيح: "يعني إذا تعارضت البينتان وتساوتا فأنهما يسقطان ويبقى الشيء بيد حائزه، هذا هو المشهور"[٨]، ومثل هذا ذكر عند آخرين[٩]، والذي صرح به القرافي أن اليد تعد سبيلا للترجيح عند المالكية، وكذلك

---

(١) انظر: القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٣٨. معه: المكي، **تهذيب الفروق**، ج٤ص١٣٩. الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص٢٢١.

(٢) انظر: ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٢٦٤. الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص٢٢٠.

(٣) القرافي، (١٤٢٥-٢٠٠٤). **الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، ص٦١. الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص٢٢٠. عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٣٧.

(٤) ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٢٦٤.

(٥) عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٣٦.

(٦) القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٣٧.

(٧) القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٣٨.

(٨) ميارة، **الشرح**، ج١ص٧٦.

(٩) انظر: الكافي، **إحكام الأحكام**، ص٣٨.

ذكر ابن فرحون في التبصرة، والترجيح تغليب بينة أحد الخصمين على بينة الآخر قـوة لوجـه يقتضي ذلك، فعندها يكون القضاء بالبينة الراجحة قضاء استحقاق، أما ما جاء في شرح ميـارة فيفهم منه أن القضاء الحادث بعد ذلك قضاء ترك لا استحقاق. دل علـى ذلـك مـا علـل بـه اشتراطهم يمين الحائز إضافة إلى بينته: أن البينتين لما سقطتا كأنهما لم يكونا, وبقيت الـدعوى, فوجب على المنكر اليمين، لقوله ﷺ: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"[١].

والصحيح أن اليد مرجح لبينة الحائز، والقضاء بها قضاء استحقاق، ولكنها كمـا يبـدو عندهم مرجح ضعيف، يلتفت إليه عند التساوي بين البينات قوة وضعفا، إطلاقا وتقيـدا وتأقيتـا وهكذا.

مذهب الشافعية:

الشافعية - كما سلف - يقدمون بينة الداخل على بينة الخارج، والسؤال هو هـل هـذه القاعدة على إطلاقها أم لا؟

الحق أن الشافعية يعتدون باليد أكثر من أي مذهب آخر، ومع هذا فثمة مـواطن كانـت بينهم موضع خلاف، منها أنهم اختلفوا في بينة الداخل والخارج لو تقدمت بينة الخارج تاريخـا على قولين ذكرهما أبو العباس أحدهما يسير على وفق القاعدة السابقة، والآخر يقضي لصاحب البينة الأسبق.

وفي قول عن بعضهم يحكم به لمن هو في يده قولا واحدا؛ لأن اليد الموجودة أولى مـن الشهادة بالملك المتقدم[٢].

أما ما عدا ذلك فتقدم فيه بينة الداخل[٣].

واشترط بعضهم لترجيح بينة الداخل أن تكون مسببة، أي ذاكرة لسبب الملك، والمـذهب أنها تسمع مطلقة[٤].

وذكر ابن أبي الدم مسائل مستثناة من القاعدة السابقة منها:

- إذا ادعى الخارج الشراء من ذي اليد وأقام بينة بذلك، وأقام ذو اليد بينة علـى ملـك مطلق، رجحت بينة الخارج.

- ومنها إذا ادعى الخارج انه اشتراها من ذي اليد وأقام بينة بذلك، وأقام ذو اليد بينة أنه ورثها، فبينة الخارج أولى.

---

(١) ميارة، **الشرح**، ج١ص٧٦.

(٢) انظر: الشيرازي، **المهذب**، ج٢ص٤٣٦. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨٣.

(٣) انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨١. الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ص٣٥٥. ابن أبـي الدم، **أدب القضاء**، ص٢١٩ وما بعدها.

(٤) انظر: ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص٢٢٧.

- واختلفوا فيما لو ادعى الخارج أن ذا اليد غصبها منه، وادعى الداخل ملكا مطلقا، والصحيح أن بينة الخارج في هذه الحالة أولى، لأن معها زيادة علم وهو الغصب[١].

مفارقات بين مذهبي الشافعية والمالكية في نظرتهم لليد مرجحا:

- الشافعية يعتدون باليد مرجحا فوق ما هو عند المالكية، وهذا واضح من خلال ما سبق.

- لم يشترط الشافعية اليمين على ذي اليد كما اشترطه المالكية[٢].

الرأي المختار:

واضح مما سبق أنه ليس في الباب نص صحيح يعمل به، وما كان من ذلك فضعيف ولا تنهض به حجة، وما أراه: أن يمنح القاضي دورا بارزا في تحديد قوة اليد مرجحا، فإن أفادت بينة صاحب اليد ما أفادته يده، ولم تزد على ذلك كأن تختص بزيادة تاريخ، أو بذكر سبب الملك، أو نحوه فلا أرى أنها - والحالة تلك - تصلح مرجحا، بل الأولى من ذلك أن ترجح بينة الخارج، فلا بد لترجيح بينة الداخل أن تفيد غير ما أفادته يده، سواء كان ذلك في سبب ملك يتكرر، أو لا، وهذا متفق مع ما ذهب إليه الحنابلة في الرواية الثانية، والشوكاني؛ لقوة ما استدلوا به، فاليد دالة على الملك ظاهرا، فإن جاءت البينة بما جاءت به اليد ولم تضف شيئا بدا كأنها شهدت بما تراءا لها ظاهرا، فإن قلنا بجواز ذلك صار سهلا على كل مدعى عليه داخل أن يجيء ببينة تشهد بصدق مدعاه، فيبطل دعوى خصمه وبينته، وقد تكون هذه الأخيرة شاهدة بالملك وسببه ووقته، في حين أن بينة الداخل لم تشهد بغير ما دل عليه الظاهر.

ثم إن القول بترجيح بينة الخارج ما لم تفد بينة الداخل غير ما أفادته يده أقرب إلى عدالة التشريع، لأن بينة الداخل تضعف إن تساوت مع اليد فيما أفادته علما، أما إن أفادت ما يشكل قناعة بصدق ما تدعيه قبلت، وإلا فلا ترجيح بيد جهل أصلها ظاهرا، بل وقامت بينة المدعي على بطلانها.

أما القول الآخر الذي يقضي بترجيح بينة الداخل ورد بينة الخارج مطلقا، خاصة عند الشافعية، فكأنهم باعتدادهم باليد بهذا القدر تساووا مع الظاهرية الذين غالوا في ترجيح بينة الخارج في كل الأحوال.

موقف القانون من الترجيح باليد:

---

(١) انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨٣. ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص٢١٩.
(٢) انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨١. ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص٢٢٧.

لم يخالف القانون الفقه في أن اليد تعفي صاحبها من الإثبات، فيتوجه عبء الإثبات على الطرف الآخر وهو المدعي، فيقرر أن المدعي من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا[١].

فما دام الظاهر دالا على ملكية العين لصاحب اليد فلا يستطيع أحد أن ينازعه عينـــه إلا ببينة، فإن أتى ببينة حكم له، فإن أقام صاحب اليد ببينة تدحض بينة خصمه حكم له وهكذا[٢].

وهذا يدل على أن اليد لا تعد مرجحا حال تعادل البينـــات، ولا تزيـــد علـــى أن تعفـــي صاحبها من الإثبات بداية، ولا أثر لها في الترجيح بين البينات بعد ذلك، بل يعتمد الترجيح على قوة البينة.

ولعل السبب في إغفال القانون لهذه المسألة أمور:

منها أنه أوكل تقدير الأدلة قوة وضعفا وقبولا وردا إلى القاضي، فجعل له سلطة مطلقـــة في ذلك، ومن ثم يرجح الدليل الذي يقتنع به.

ومنها أنه اعتمد الكتابة أصلا في الإثبات، وعندها يندر أن يتفق سندان قوة وضعفا، فـــلا بد أن يشتمل أحدهما على زيادة تاريخ، أو سبب ملك أو نحو ذلك مما يعد مرجحا.

وأرى أن هذا لا يعفي من إعادة بحث المسألة وتمحيص القول فيها بما يخدم تحقيق مبدأ العدالة في القضاء، ولعل ما سبق اختياره يحقق الهدف المنشود.

المطلب الثاني - الترجيح بالتاريخ:

يتشبث القاضي بكل أمارة أو قرينة تظهر في بينتي المتداعيين حال تعارضـــهما، كمـــا يتشبث بكل أمارة أو قرينة تأتي من خارجهما أملا في ترجيح إحداهما علـــى الأخـــرى، ومـــن القرائن التي قد تظهر في بينتي المتداعيين أو في إحداهما قرينة التاريخ (أي الوقت)، بمعنـــى أن تذكرا، أو إحداهما وقت (تاريخ) امتلاك المتنازع فيه للمشهود له، فهل لهذا التوقيـــت أثـــر فـــي الترجيح أم لا؟

يمكن القول: إن جمهور الفقهاء يعتدون بالتاريخ ترجيحا بين طرق الإثبات المتعارضـــة وهذا من حيث الجملة:

- ففي المبسوط للسرخسي: "وإذا كانت دار في يد رجل، أقام آخر البينة أنهـــا لـــه منـــذ سنة، وأقام آخر البينة أنها له اشتراها من آخر منذ سنتين وهو يملكها يومئذ فـــإني أقـــضي بهـــا لصاحب الشراء؛ لأنه أسبق تاريخا..."[١].

---

(١) انظر: القضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص٣٨.

(٢) انظر: القضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص٣٨. العبودي، **شرح أحكام قانون البينـــات**، ص٥٥.

- وفي منح الجليل: "...أقضي ببينة أبعد التاريخ إن عدلت..."[٢].

ومثل ذلك ذكر الشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

وثمة تفصيلات للفقهاء حول مدى اعتدادهم بالتاريخ مرجحا، بيان ذلك في التفصيل التالي:

ضوابط وقيود على الترجيح بالتاريخ:

قرينة التاريخ في مصاحبتها للبينة لا تخرج عن واحدة من احتمالات ثلاثة: أن تذكر البينتان المتعارضتان تاريخا متحدا، أو مختلفا، أو تذكر إحداهما تاريخا لا الأخرى.

الحالة الأولى – أن يتحد التاريخ في البينتين:

في هذه الحالة يسقط اعتباره مرجحا، ويلتفت إلى غيره من المرجحات؛ لتعذر العمل به مع الاتحاد، ولكل مذهب في مثل هذه الحالة أوجهه في الترجيح، بعضها ذكر سابقا في هذه الدراسة وبعضها يأتي لاحقا بحسب طبيعة البحث، والنتيجة ألا أثر للوقت في الترجيح في مثل هذه الحالة.

الحالة الثانية – أن يختلف التاريخ في البينتين:

بأن يدعي أحدهما أن المتنازع فيه ملكه منذ عام، ويدعي الآخر أنه ملكه منذ عامين، وتشهد بينتاهما بذلك، ففي هذه الحالة ترجح أسبقهما تاريخا في قول جمهور أهل العلم: الحنفية[٥]، والمالكية[٦]، والشافعية في الصحيح[٧]، والحنابلة في الجملة[٨].

وهذه الحالة تقترب من الحالة السابقة بأنها تحظى باتفاق أغلب الفقهاء، وإن لم تسلم من المعارض، فهناك من الفقهاء من قال بالتسوية بين البينتين في هذه الحالة، وهؤلاء هم فقهاء الحنابلة في بعض الحالات[٩]، والشافعية في قول مرجوح[١٠]، وسيأتي معنا تفصيل ذلك.

وجه قول الجمهور القائلين بالترجيح بسبق التاريخ:

أن الأسبق منهما تاريخا أثبتت الملك لمدعيه في وقت سلم من المعارض، وإنما كان المنازع بعد ذلك في أقل الوقتين، فيستصحب الملك الأول، ولا يقضى بعده لغيره إلا إذا تلقى

---

(١) السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ص٥٤.
(٢) عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٣٦.
(٣) انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٤٤. الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ص٣٥٠.
(٤) انظر: البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٤٩٨. ابن مفلح، **الفروع**، ج٦ص٥٣٧.
(٥) انظر: ابن قاضي سماونة، **جامع الفصولين**، ج١ص٧٨. الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٣٥٧.
(٦) انظر: القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٣٧. عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٣٦.
(٧) انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٤٤. ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص٢٣٦. المطيعي، **تكملة المجموع**، ج٢٦ص٧٠٥.
(٨) انظر: البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٥٠٢. ابن مفلح، **الفروع**، ج٦ص٥٣٨. المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ص٣٨٤.
(٩) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٧٦. المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ص٣٨٥.
(١٠) انظر: ابن أبي الدم، ص٢٣٦.

الملك منه، لأن ثبوت الملك في زمن مانع من ثبوته لغيره بعده إلا أن يقوم سبب الملك، ولمّا يقم بعد[١].

وجه قول الحنابلة، وبعض الشافعية الذين منعوا الترجيح بسبق التاريخ:

أنه ليس في إحداهما ما يقتضي الترجيح من تقدم الملك ولا غيره فوجب استواؤهما كما لو أطلقتا، أو استوى تاريخهما[٢].

ولا يخفى ضعف هذا القول، فإن ادعاء الملك المتقدم زمانا حجة قوية مقدمة على ادعائه في زمن متأخر إذا لم يذكر سبب الملك. فإذا ادعى ملكا مطلقا منذ سنتين، وادعى أخر ملكا مطلقا منذ سنة، وبيَّنا، فما من شك في تقديم البينة الأسبق زمانا، لأن الحكم يكون بناء على الظاهر، والظاهر يشهد لصاحب البينة الأسبق، إذ يستحيل أن نحكم له بالملك في زمان، ثم ننزع منه ذلك الحق حال ادعاء غيره دون أن يظهر سببا لانتقال الملك إليه.

ضوابط ترجيح البينة الأسبق تاريخا:

لم يكن القول بتقديم أسبق البينتين تاريخا على إطلاقه، وإنما هناك ضوابط وقيود على العمل بهذه القاعدة، بعضها متفق عليه وبعضها محل خلاف، وأبين أولا – على سبيل الإجمال - ما كان منها محل اتفاق:

١. أن تكون البينتان: المتقدمة زمانا منهما، والمتأخرة شاهدتين بملك مطلق مستصحب إلى الحال. وكذلك الأمر تقدم الأبعد تاريخا لو شهدت بسبب الملك، وكانت الأخرى مطلقة، أما لو قيدت الأقرب تاريخا بسبب لم تقدم - يعني الأبعد تاريخا - وفي المسألة تفصيل نأتي على ذكره في حينه.

٢. ألا يكون المدعى نتاجا، فإن كان نتاجا قدمت بينة النتاج على سبق التاريخ.

هذان الشرطان حظيا باتفاق الفقهاء القائلين بتقديم البينة ذات التاريخ الأسبق، وقد أجملت الحديث فيهما، وفيما يأتي أفصل القول في هذه الضوابط:

---

(١) انظر: الطرابلسي، **معين الحكام**، ص١٠٠. عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٣٦-٥٣٧.
(٢) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٧٦. المطيعي، **تكملة المجموع**، ج٢٦ص٧٠٥.

أولا – قيود على العمل بالبينة المتقدمة تاريخا في المذهب الحنفي:

١ - ذهب الإمام محمد في الرواية الثانية عنه إلى تقديم بينة الخارج سواء أكانت متقدمة تاريخا، أم متأخرة، واحتج بأنه لا يقبل بينة ذي اليد على الوقت وغيره[١].

وعليه لو كان المدعى في أيديهما فإن الإمام محمد يسقط التاريخ ويجعله بينهما[٢].

٢ - وفي دعوى النتاج نقل صاحب جامع الفصولين عن شارح الهداية أن التاريخ في النتاج لغو؛ لأن إثبات التاريخ إثبات زيادة الاستحقاق على خصمه لتترجح بينته، وإثبات زيادة الاستحقاق لا تتصور في النتاج لأنه دعوى أولية الملك. واعترض على هذا مبينا أن للتاريخ اعتبارا في حالات:

منها: أن سن الدابة إن خالف تاريخ ذي اليد ووافق تاريخ الخارج، اعتبر التاريخ هنا ولا يحكم به لذي اليد.

ومنها: ما كان في بينة الخارجين، لأنهما إذا وقتا النتاج يحكم لمن يوافق سنه تاريخه، فاعتبر التاريخ ولا يحكم بينهما كما لو لم يؤرخا[٣].

ولكن يسقط اعتبار التاريخ إذا أشكل سنها، وكذا إذا خالف سنها الوقتين جميعا، لأنه في الأولى يحتمل أن يكون سنها موافقا لهذا الوقت، ويحتمل أن يكون موافقا لذلك الوقت، ويحتمل أن يكون مخالفا لهما جميعا، فيسقط اعتبارهما كأنهما سكتا عن التاريخ أصلا.

وفي الثانية - أي حال مخالفة سن الدابة للوقتين جميعا – يظهر بطلان التوقيت، فكأنهما لم يوقتا، فبقيت البينتان قائمتان على مطلق الملك من غير توقيت. والصحيح أن البينتين تتهاتران ويترك في يد ذي اليد على ما كان[٤].

والنتيجة أنه لا عبرة في النتاج لسبق التاريخ، بل المعتبر هو موافقة التاريخ لسن الدابة ولو كان المتأخر منهما.

ثانيا – قيود على العمل بالبينة المتقدمة تاريخا في المذهب المالكي:

جاء في تبصرة الحكام: "والترجيح يحصل بوجوه... الثالث: اشتمال إحدى البينتين على زيادة تأريخ متقدم"[٥].

ومن هذا النص نجد أن التاريخ يأتي في المقام الثالث بعد العدالة، والبينة الأقوى، ولكن يبدو أن هذا حال أطلقت البينات ولم تذكر سبب الملك، بأن قالت إحداهما ملكه منذ عام، وقالت

---

(١) انظر: الطرابلسي، **معين الحكام**، ص١٠٠.
(٢) انظر: ابن قاضي سماونة، **جامع الفصولين**، ج١ص ٧٦.
(٣) انظر: ابن قاضي سماونة، **جامع الفصولين**، ج١ص٧٨.
(٤) انظر: ابن قاضي سماونة، **جامع الفصولين**، ج١ص٧٨. الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٣٥٧.
(٥) ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٢٦٤.

الأخرى ملكه منذ عامين، قدمت الأسبق منهما تاريخا؛ لأن الأصل الاستصحاب، أما لو ذكرت إحداهما سببا كنسج ونتاج ونحوه، وهو ما عُبِّر عنه بسبب يتكرر أو لا يتكرر قدمت عندهم يقينا[١].

ويتضح من تتبع نصوص فقهاء المذهب المالكي أن ابن فرحون في تصنيفه للمرجحات[٢]، ومن قبله القرافي في الفروق[٣] لم يكن ذلك على اعتبار قوة المرجح وضعفه، وإنما هو من باب تعداد هذه المرجحات ليس إلا، فقد صرح فقهاؤهم بتقديم ذات التاريخ المتقدم على البينة الأعدل، ففي منح الجليل: "أقضي ببينة أبعد التاريخ إن عدلت وإن كانت الأخرى أعدل"[٤].

والصحيح أنه لا يتقدم ذات التاريخ المتقدم سوى ذاكرة السبب عندهم[٥].

ثالثا – قيود على العمل بالبينة المتقدمة تاريخا في المذهب الشافعي:

ذكرنا أن المعتمد عند فقهاء الشافعية تقديم البينة الأسبق تاريخا[٦]، فلو تعارضت بينتان: شهدت إحداهما بملك منذ سنة، وشهدت الأخرى به منذ سنتين، فالصحيح عندهم تقديم البينة الأسبق تاريخا. وفي قول أنهما متعارضتان، وللتعارض عندهم أحكامه الخاصة، بينا ذلك في موطنه من فصل الجمع والتوفيق.

وفي قول مرجوح عند الشافعية أنه تقدم البينة الأقرب وقتا[٧]، وبهذا قال بعض المالكية.

ومن القيود على الترجيح بسبق التاريخ عند هؤلاء ما يأتي:

١ - ألا تكون الدعوى من الخارج على صاحب اليد، فإن فقهاء الشافعية - في الجملة - يرجحون بينة الداخل على بينة الخارج سواء أكانت: متقدمة تاريخا، أم متأخرة، فإذا ادعى شخص عينا في يد آخر وأقام بينة مؤقتة، وأقام من العين في يده بينة مؤقتة بوقت سابق أو متأخر عن وقت الخارج، قدمت بينة الداخل مع يده.

أما حال كون العين بيد من شهدت بينته بالملك المتقدم فإنها تقدم - عندهم - قولا واحدا؛ لأن معه ترجيحين: اليد، والشهادة بتقادم الملك[٨].

---

(١) انظر: عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٣٦.
(٢) انظر: ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٢٦٤.
(٣) انظر: القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٣٧.
(٤) عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٣٦.
(٥) انظر: الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص٢٢٠. ومعه الدردير، **الشرح الكبير**. عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٣٦.
(٦) انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٤٤. الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ص٣٥٠.
(٧) انظر: ابن أبي الدم، ص٢٣٦.
(٨) المطيعي، **تكملة المجموع**، ج٢٦ص٧٠٥.

وأما في الحالة الأخرى فإن بينة ذي اليد تقدم في ظاهر المذهب عندهم، واحتجوا بأنهما متساويان في إثبات الملك في الحال، ولأحدهما مزية في إثبات الملك المتقدم، وللآخر مزية باليد الموجودة، واليد الموجودة أولى من إثبات الملك المتقدم(١).

ورجح أبو العباس ابن سريج تقديم من شهدت بالملك المتقدم على صاحبة اليد، لأن الترجيح من جهة البينة مقدم على الترجيح من جهة اليد(٢).

٢- أن لا يكون في بينة النتاج، فقد ذهب فقهاء الشافعية في الصحيح إلى تقديم بينة النتاج على ذات التاريخ المتقدم. جاء في أدب القضاء: "نقل المزني أن بينة النتاج مقدمة قولا واحدا"(٣).
وقيل في المسألة قولان(٤).

ولم يشترط هؤلاء في سبق التاريخ أن يكون بزمان معلوم، فلو قامت بينة أنه ملكه منذ سنة، وبينة الآخر أنه ملكه من أكثر من سنة، قدمت بينة الأكثر من سنة في الصحيح، وتتعارضان على القول الثاني.

وأرى أن هذا ممكن في الشهادة، بأن يذكر الشهود زمن الملك ولم يتذكروا وقته تحديدا، أما في الكتابة فهذا غير متصور، لأن الكتابة شاهدة على ما حوت نصا، وكل ما لم ينص عليه غير متصور الوجود، لأنه لا سبيل إلى معرفة المدعى إلا من خلال النص ذاته.

وسواء أكان ذلك في الشهادة أم في غيرها فالحنفية لا يتفقون مع هؤلاء في نظرتهم هذه، ويشترطون تأريخا قاطعا، ولا يعتدون بالتاريخ إلا بعد زمن القطع، فإن قيل: ملك هذه منذ سنتين، أو سنة، كانت السنة معتمدة عندهم(٥). جاء في البحر الرائق: " ولا بد من تحقق سبق تاريخ ذي اليد؛ لما في الخزانة: لو أقام المدعي البينة أنها له منذ سنة، أو سنتين شك الشهود فيه، وأقام ذو اليد أنها له منذ سنتين قضي بها لذي اليد، ولو وقت شهود المدعي سنة ووقت شهود ذي اليد سنة أو سنتين فهي للمدعي"(٦).

أما المالكية فكل ما يشترطونه زيادة تاريخ متقدم. ولم أقف على قول لهم حال شك الشهود في التاريخ، وكذلك الحنابلة.

ولعل الصواب أن نفرق بين حالين:

---

(١) انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨٣. المطيعي، **تكملة المجموع**، ج٢٦ص٧٠٥. ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص٢٣٦.
(٢) انظر: المطيعي، **تكملة المجموع**، ج٢٦ص٧٠٦.
(٣) ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص٢٣٧.
(٤) ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص٢٣٧.
(٥) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ص٥٥. ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج٧ص٢٤٣.
(٦) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج٧ص٢٤٣.

أن يشك الشهود في التاريخ مع علمهم زمن ملكية المدعى، وبين أن يشكوا في التـاريخ مع عدم تيقنهم زمن ملكيته على وجه الدقة، ففي الحالة الأخيرة ينبغي ألا يعتمد التاريخ.

أما في الأولى وهي ما إذا شكوا في التاريخ على وجه الدقة مع جزمهم بملكية المـدعى لمن شهدوا له قبل التاريخ الذي يدعيه الخصم فينبغي أن ترجح بينتهم عند من يقـول بتـرجيح البينة الأسبق تاريخا؛ لأنهم قطعوا بملكية المدعى لصاحبهم قبل الزمان الـذي قامـت بـه بينـة الخصم، فلا يحق تعليق العمل ببينة عدلت وقبلت على ذكر وقت كان من الممكن أن يسهو عنـه الشهود منذ البداية مع جزمهم بأن الملك كان قبل الزمن الذي قامت به بينة الخصم. وإلا لكانـت الشهادة بلا فائدة من أولها، لأن التاريخ تدقيقا ينسى مع طول الزمن، في حين أن ما أحاطه مـن ظروف يدوم في الذاكرة زمنا أبعد.

ومع ما سبق من أن الحنفية لا يعتدون بالتاريخ مع الشك لا أراهم يبعدون عما ذكـرت آنفا: من قبول البينة إذا قطعت بملكية المدعى قبل زمن الخصم، فهم وكما تـشير نـصوصهم لا يعتدون بالتاريخ زمن الشك، أما خارجه فهو محل اعتبار، يقول حيدر في شرح المجلة: "يشترط أن يكون التاريخ المبين قطعيان، أما إذا ذكر التاريخ مع الشك والتردد فالمعتبر هو الأقل المتيقن ويكون الأكثر بلا حكم"[١]. فقوله : "فالمعتبر هو الأقل المتيقن" كما يمكن أن يحمل علـى البينـة الأقرب تاريخا، يمكن أن يحمل على اعتبار المتيقن من البينة الأبعد تاريخا بعد طـرح مـوطن الشك فيه.

رابعا – قيود على العمل بالبينة المتقدمة تاريخا في المذهب الحنبلي:

تقدم البينة الأسبق تاريخا حال كون المدعى بيد ثالث، أو بغير يد أحد[٢].

فقد ذهب الحنابلة في الراجح من مذهبهم إلى عدم الاعتداد بالبينة الأسبق زمانـا حـال كون المدعى بيد المتداعيين، أو بيد أحدهما، بل هما سواء.

وعليه لا يرجح بسبق التاريخ حال كون المدعى بيدهما، أو بيد أحـدهما فـي الـراجح عندهم. وفي رواية اختارها القاضي تقدم البينة الأسبق تاريخا حال كون المدعى بيدهما، أو بيـد أحدهما[٣]، وقال القاضي: "هو قياس المذهب"[٤].

هذا جملة ما خطه الفقهاء القائلين بالترجيح بسبق التاريخ من ضوابط وقيود على العمل بهذه القاعدة، وملخص ما اتفقوا عليه منها:

---

(١) حيدر، **درر الحكام**، ج٤ص٥٢٣.
(٢) انظر: البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٤٩٨. ابن مفلح، **الفروع**، ج٦٥٣٧.
(٣) الماوردي، **الإنصاف**، ج١١ص٣٨٤. ابن قدامـة، **المغنـي**، ج١٢ص١٧٦. ابـن مفلـح، **الفـروع**، ج٦ص٥٣٥-وما بعدها. البهوتي، **الكشاف**، ج٦ص٥٠٣.
(٤) الماوردي، **الإنصاف**، ج١١ص٣٨٤. ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٧٦.

١. جميعهم متفق على أن كلا البينتين الأبعد تاريخا، والأقرب تشهدان بملك مطلق عن السبب، مستصحب إلى الحال. وكذلك الأمر تقدم الأبعد تاريخا لو شهدت بسبب الملك، وكانت الأخرى مطلقة، أما لو قيدت الأقرب تاريخا لم تعد المسألة محل اتفاق.

٢. تقديم النظر في بينة النتاج على النظر في سبق التاريخ.

هذان شرطان كانا محل اتفاق بين المذاهب الفقهية الأربعة، وثمة شروط خاصة بكل مذهب مفصلة في موطنها.

الحالة الثالثة – إذا أطلقت إحدى البينتين ووقتت الأخرى:

وصورة المسألة: أن يدعيا عينا، ويقيما بينتين، إحداهما تذكر وقت ملك صاحبها للعين، والأخرى مطلقة، تذكر ملكا دون توقيت بزمن محدد، فهل لذكر الوقت أثر في الترجيح بينهما؟

اختلف الفقهاء في ذلك على الأقوال الآتية:

القول الأول: يقضي بترجيح البينة المؤرخة على المطلقة، قال به المالكية في الصحيح[١]، والشافعية في قول[٢]، وقال به أبو يوسف من الحنفية[٣]، ومال إليه أبو الخطاب من الحنابلة[٤].

استدل هؤلاء بأن البينة بالملك المؤقت أظهرت الملك في وقت لا تعارضها فيه بينة الملك المطلق بيقين، لأنها لم تتعرض للوقت، فيحتمل المعارضة وعدمه، ومع الاحتمال لا تثبت المعارضة[٥].

وتقدم البينة المؤرخة عند المالكية في جميع الحالات[٦].

وكذلك عند أبي يوسف سواء أكان المدعى بيدهما، أم بيد أحدهما، أم بيد ثالث، أم بغير يد أحد[٧].

ويستثنى من ذلك - عند أبي يوسف - أمور:

منها ما لو ادعيا ملكا بسبب الإرث فيقضى بينهما نصفين، وقيل يقضى للمؤرخ عنده.

ومنها إذا ادعيا الشراء من اثنين فيقضى بينهما نصفين اتفاقا عند الحنفية.

---

(١) انظر: الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص٢٢٠. عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٣٦.

(٢) انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٤٤. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨٢.

(٣) انظر: ابن قاضي سماونة، **جامع الفصولين**، ج١ص٧٦. الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٣٥٥.

(٤) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٧٦. المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ص٣٨٦.

(٥) انظر: ابن قاضي سماونة، **جامع الفصولين**، ج١ص٧٦. الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٣٥٥.

(٦) الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص٢٢٠.

(٧) انظر: ابن قاضي سماونة، **جامع الفصولين**، ج١ص٧٦.

ومنها بينة النتاج، وقد فصلنا أحكامها سابقا[١].

أما فقهاء الشافعية وأبو الخطاب من الحنابلة فيشترطون أن يكون المدعى بيد ثالث، أو بغير يد أحد. فإن كان بيدهما أو بيد أحدهما قدمت بينة الداخل أو الخارج على الخلاف بينهم[٢].

القول الثاني: تقدم البينة المطلقة على المؤرخة، قال بذلك الإمام محمد بن الحسن، وقد نظر إلى أن الإطلاق في الوقت يفيد الملك من الأصل، والتأقيت يقتصر الملك على وقت التأريخ، ولذا يرجع الباعة بعضهم على بعض، وتستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة، فكان المطلق أسبق تاريخا فكان أولى[٣].

واشترط أن يكون المدعى بيد ثالث، أو بيدهما، أما إذا كان بيد أحدهما قدمت بينة الخارج[٤].

القول الثالث: يقضي بالتسوية بين البينتين، وهو قول أبي حنيفة[٥]، والمفتى به عند متأخري الحنفية[٦]، وهو الراجح في المذهب الشافعي والحنبلي[٧]، وهو قول ضعيف عند المالكية[٨].

استدل هؤلاء بأن توقيت أحد المتداعيين لا يدل على تقدم ملكه لأنه يجوز أن يكون الآخر أقدم[٩].

وشرط التسوية بين البينة المطلقة تاريخا، والمؤرخة ألا يدعيا ملكا بسبب الشراء من واحد، بأن ادعيا شراء من اثنين، أو سواه، أما إن ادعيا الشراء من واحد فيقضى لصاحبة التاريخ عند جمهور الحنفية، وفي غير هذه الحالة يقضى بالتسوية بين البينة المطلقة والمؤرخة،

---

(١) انظر: ابن قاضي سماونة، **جامع الفصولين**، ج١ص٧٦.

(٢) انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨٣. ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٧٦. المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ص٣٨٦.

(٣) انظر: ابن قاضي سماونة، **جامع الفصولين**، ج١ص٧٦.

(٤) انظر: ابن قاضي سماونة، **جامع الفصولين**، ج١ص٧٦.

(٥) انظر: ابن قاضي سماونة، **جامع الفصولين**، ج١ص٧٦. الشيخ نظام، **الفتاوى الهندية**، ج٤ص٨٠.

(٦) انظر: الشيخ نظام، **الفتاوى الهندية**، ج٤ص٨٠، قال : "هو الصحيح". ابن عابدين، **الحاشية**، ج٥ص٥٧٥. العبادي، **الجوهرة النيرة**، ج٢ص٢١٣. الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٤ص٣١٨. قاضي زاده، **تكملة فتح القدير**، ج٨ص٢٥٨.

(٧) انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٤٤. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨٢. البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٤٩٨. المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ص٣٨٦. ابن مفلح، **الفروع**، ج٦ص٥٣٦.

(٨) انظر: عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٣٥.

(٩) انظر: ابن قاضي سماونة، **جامع الفصولين**، ج١ص٧٦.

ولا يلتفت إلى التاريخ مرجحا عند أصحاب هذا القول، وإنما يصار إلى غيره من المرجحـــات، كبينة الخارج، والنتاج، أو التسوية بالقسمة ونحوه[١].

وكذلك الشافعية والحنابلة يحكمون بالتسوية بين البينتين تاريخا، ويصار إلى المرجحات الأخرى عملا.

أما القانون: فلم يتعرض قانون البينات الأردني للتاريخ ومدى قوته في التـــرجيح بـــين البينات المتعارضة، ولعل السبب أن بعض طرق الإثبات التي يمكن أن يظهـــر فيهـــا التـــاريخ بوضوح وجلاء لم تعد أصلا في الإثبات عند القانونيين، مثل الشهادة، فالقاضي له مطلق الحرية في تقدير شهادة الشاهد قبولا وردا، فمن الممكن أن ترجح لديه الأقرب تاريخا وهكذا.

وإن كان هذا لا يعني من بيان واضح محدد لهذا الأمر، فقد تتساوى الشهادتان في نظـــر القاضي قوة وضعفا، ولا تبرز له ميزة في إحداهما تقدمها على الأخرى، أو تقدم بعض الـــشهود على بعض، فعندها يحتاج إلى مرجح يلجأ إليه، وقد يكون هذا المرجح هو التاريخ.

المطلب الثالث - الترجيح بالعدد:

هل ترجح على البينة الكاملة من الشهود مثيلتها إذا فاقتها عددا؟

وصورة المسألة: أن يتنازع المتداعيان عينا، ويبيِّنا، فإذا كانت بينة أحدهما شاهدين (بينة كاملة من الشهود)، وبينة الآخر ثلاثة شهود، أو أربعة، أو خمسة أو أكثر من ذلك ما لم يبلغـــوا حد التواتر (وهو الحد الذي يُحدِث يقينا بصدق المشهود به) فهل هما متعادلتـــان أم أن إحـــداهما راجحة؟

يرى جمهور الفقهاء: الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية فـــي الـــراجح[٤]، والحنابلـــة[٥]، والظاهرية[٦] أن البينة من الشهود حال اكتمالها لا ترجح عليها مثيلتها لزيادة في العدد بل همـــا متعادلتان.

---

(١) ابن قاضي سماونة، ج١ص٧٥ وما بعدها، الكاســـاني، ج٦ص٣٥٧. ابـــن نجـــيم، **البحـــر الرائـــق**، ج٧ص٢٣٨.

(٢) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج٢٠ص١٣٨. الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٤ص٣٢٢. ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج٧ص٢٤٦. قاضي زاده، **تكملة فتح القدير**، ج٨ص٢٧٥. ابن عابدين، **الحاشية**، ج٦ص٥٥٧.

(٣) انظر: عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٣٧. الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص٢٢٠. الصاوي، **بلغة الـــسالك**، ج٢ ص٣٧٣.

(٤) انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٤٠. الشربيني، **مغني المحتـــاج**، ج٤ص٤٨٢. قليـــوبي، **الحاشية**، ج٤ص٣٤٥.

(٥) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٧٧. البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٤٩٨.

(٦) انظر: ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٥٤٠.

استدلوا بأن الله تعالى نص على عدد الشهادة بقولـــه: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِجَالِكُمْ﴾[١]، وقوله: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنكُمْ﴾[٢]، فالزيادة والنقصان اجتهاد في النص وهو ممنوع[٣].

واستدلوا بالأثر المروي عن علي - رضي الله عنه - أنه قضى بين رجلين تنازعا فـــي بغلة بين يديه فأقام أحدهما شاهدين، والآخر خمسة شهود، فقال علي لأصـــحابه: مـــاذا تـــرون؟ قالوا: يعطى لأكثرهما شهودا، فقال: فلعل الشاهدين خير من خمسة، ثم قال: فـــي هـــذا قـــضاء وصلح، أما الصلح أن يجعل البغلة بينهما سهاما على عدد شهودهما، وأما القـــضاء: أن يحلـــف أحدهما ويأخذ البغلة..."[٤].

فلو كان القضاء بعدد الشهود جائزا ما جعله علي رضي الله عنه صلحا، وجعل القـــضاء خلافه.

ثم إن شهادة الشاهدين علة تامة، والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها، فـــالخبر لا يترجح بخبر آخر، والآية بأخرى؛ لأن كل واحد منهما علة بنفسه[٥].

كما أن في الترجيح بالعدد إبطالا لمقـــصود الحكـــم: مـــن قطـــع للنزاعـــات، وفـــض للخصومات، فإذا ما ترجح أحدهما بمزيد عدد سعى الآخر في زيادة عدد بينته فيكثـــر النـــزاع، وتطول الخصومة وهكذا[٦].

وذهب مطرف وابن الماجشون من المالكية[٧]، والشافعية في قول[٨] إلى أن الزيادة فـــي العدد ترجح بها البينة، فمن زاد عدد شهوده رجحت بينته.

وما ذهب إليه بعض فقهاء المالكية من الترجيح بزيادة عدد الشهود ليس علـــى إطلاقـــه، وإنما هو مقيد بحال تكافؤ العدالة في الشهود. جاء في التبصرة نقلا عن ابن عبد الـــسلام: "مـــن رجح بزيادة العدد لم يقل به كيفما اتفق، وإنما اعتبره مع قيد العدالة"[٩].

---

(١) البقرة آية (٢٨٢) .
(٢) الطلاق آية (٢).
(٣) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ص٣٠٧.
(٤) السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ص٤١.
(٥) انظر: البابرتي، **العناية**، ج٨ص٢٧٥. ابن عابدين، **الحاشية**، ج٥ص٥٧٦.
(٦) القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٤٢.
(٧) انظر: ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٢٦٤. عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٣٧. الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص٢٢٠. الصاوي، **بلغة السالك**، ج٢ص٣٧٣.
(٨) انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٤٠. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨٢. قليوبي، **الحاشية**، ج٤ص٣٤٥.
(٩) ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٢٦٤.

واستدل هؤلاء بقول النبي ﷺ: "عليكم بالجماعة، فإن الشيطان مع الواحد، وهو من الجماعة أبعد"[١].

والحديث واضح الدلالة في أن الوثوق بالجماعة فوق الوثوق بالفرد، فلزم اتباعها.

ويجاب عنه بأن الرواية الثابتة عن النبي ﷺ ذكرت: وهو من الاثنين أبعد، ولم تذكر: وهو من الجماعة أبعد"، وعلى فرض التسليم بهذه، فلا نسلم أنه يصلح للاستدلال على ما نحن فيه، لأنه يشير إلى وجوب لزوم جماعة المسلمين، وعدم الفرقة والتشرذم، وسياق الحديث يدل على ذلك، ولو كان الاستدلال به على ما نحن بصدده: فإن كان المقصود به الجماعة التي تبلغ حد التواتر ويحصل العلم بخبرها فإن ذلك مما يتفق الجميع عليه، ولم يخالف فيه أحد، ولا أرى ذلك مقصودا من الحديث.

وإن قصد بها الكثرة وترجيحها على شهادة الاثنين، فهذا غير مسلم، لأن شهادة الاثنين ثابتة بالنص، ولو لم يجز الاقتصار عليها مع وجود الأكثر، لما ذكرها الله تعالى في كتابه، ولكن لمَّا ذكرها ونص عليها دل على أن لا تأثير للعدد زيادة ونقصانا إذا بلغ الحد المنصوص عليه.

واستدلوا بأن الطمأنينة تحصل بزيادة العدد، وقد رجحت بها أخبار النبي ص حال تعارضها، فترجح بها الشهادات إذا تعارضت[٢].

وروي عن الأوزاعي أنه قال: يقسم المشهود فيه على عدد الشهود[٣]، واستدل له بأن المشهود به مستحق بقولهم، فيجب أن يكون مقسطا على عددهم[٤].

وأجيب عنه بأنه لو ثبت الحق بشهادة عشرة ثم ثبت قضاؤه بشاهدين قضى بهما على شهادة العشرة ولم يقسط القضاء على العدد كذلك في إثبات الحق[٥].

ويبدو رجحان قول الجمهور، فمتى تمت الشهادة عددا وكانت مقبولة لم تقدم عليها بكثرة عدد معارضتها ما لم تبلغ حد التواتر، ولو اعتبر العدد لما كانت شهادة الاثنين كافية مع وجود الكثرة، بل لنص على ذلك المولى عز وجل، وبين أن الاستشهاد بشاهدين، وشاهد وامرأتين

---

(١) يراجع: الترمذي، **الجامع**، باب ما جاء في لزوم الجماعة، ص٤٩٧، رقم (٢١٦٥)، قال:حديث حسن صحيح، غريب من هذا الوجه". والحاكم، **المستدرك**، قال: صحيح على شرط الشيخين، ج١ص١٩٧، رقم(٣٨٧). وابن حبان في **صحيحه**، رقم (٤٥٧٦)، ج١٠ص٤٣٦. والمقدسي، محمد بن عبد الواحد الحنبلي. **الأحاديث المختارة**. (ط١). مكة: مكتبة النهضة، قال: إسناد صحيح، ج١ص١٩٢، رقم (٩٦). أحمد، **المسند**، ج١ص١٨، رقم(١١٤). وجميع هذه المصنفات ذكرت "...وهو من الاثنين أبعد" ولم تذكر النص السابق: ...وهو من الجماعة أبعد".

(٢) انظر: الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ص٣٠٧.

(٣) انظر، السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ص٤١. الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ص٣٠٧. ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٧٧.

(٤) انظر: الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ص٣٠٧. ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٧٧.

(٥) انظر: الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ص٣٠٧.

يكون حال عدمت الكثرة، أو ما هو فوق ذلك، ولما لم يكن ذلك علم بأن للشهادة من جهة العدد حدا متى بلغته أصبحت تامة لا ترجح عليها مثيلتها بكثرة عدد.

ثم هو أدعى إلى عدم إطالة أمد الحكومات فصلا وإنهاءً، فلو كان ذلك لانتظر في كل خصومة حتى يأتي كل خصم بمزيد عدد فوق بينة خصمه عددا، ولما فصلت قضية من قبيل ذلك.

وقد تبنت المجلة في المادة (١٧٣٢) هذا القول، فذهبت إلى عدم الاعتداد بكثرة الشهود ما لم يبلغوا حد التواتر.

ومثل ذلك القانون فلا يرى للعدد أثرا في قبول الشهادة وردها، والكثرة في الشهود لا تؤثر على قناعات القاضي، فإذا اقتنع القاضي بما لديه من بينة شهود ولو شاهدا واحدا حكم بذلك مهما بلغ شهود خصمه عددا[١].

المطلب الرابع - الترجيح بعدالة الشهود:

المقصود بالعدالة:

العدالة لغة الاستقامة، والعَدْل - بفتح العين وسكون الدال - ما قام في النفس أنه مستقيم[٢]، وفي الشرع وردت للعلماء فيها أقوال متعددة، وهي في جملتها متقاربة، تشير إلى ضرورة أن يكون الإنسان مرضيا في دينه وأفعاله، حتى تقبل شهادته[٣]، يقول تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ

---

(١) انظر: القضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية**، ص١٢٢. النداوي، **دور الحاكم في الإثبات**، ص٣٣٠.

(٢) انظر: أنيس وآخرون، **الوسيط**، باب العين، ص٥٨٨.

(٣) مما جاء في حدها: هي اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر. والعدل هو من لم تعرف له كبيرة، ولا مجاهرة بصغيرة. وقيل: هي صفة زائدة على الإسلام، وهو أن يكون ملتزما لواجبات الشرع ومستحباته، مجتنبا للمحرمات والمكروهات. وقيل: "العدل هو المرضي في أحكامه ودينه ومروءته، فالعدل في الأحكام أن يكون بالغا عاقلا حرا، والعدل في الدين أن يكون مسلما مجتنبا للكبائر غير مصر على الصغائر، والعدل في المروءة أن يجتنب الأمور الدنية التي تسقط المروءة على من يأتي بها". وجاء عن السيوطي فيها: "حدها الأصحاب بأنها ملكة - أي هيئة - راسخة في النفس تمنع من اقتراف كبيرة، أو صغيرة دالة على الخسة، أو مباح يخل بالمروءة، وهذا أحسن عبارة في حدها". انظر: ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٤٧٢. ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص٣٣. البهوتي، **منتهى الإرادات**، ج٣ص٥٨٩. ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢ص٤٦٢. المطيعي، **تكملة المجموع**، ج٢٣ص٢٠. بهنسي, الدكتور أحمد فتحي, (١٤١٢-١٩٩١). **الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي**. بيروت: دار النهضة العربية, ج٣ص٣٥٥ وما بعدها.
بالنظر في هذه التعريفات نجد أنها متفقة على اشتراط اجتناب الكبائر، وعدم الإصرار على الصغائر، مع القيام بالواجبات، إضافة إلى أن بعضها اشترط اجتناب خوارم المروءة. والمراد أن العدالة شرط أساسي في الشاهد، فلا تقبل شهادة من ليس بعدل؛ لأنها - أي العدالة - مظنة الصدق، وحصول الثقة بالشهادة.

الشُّهَدَاءِ﴾[1]، وقال: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾[2].

وغير العدل هو الفاسق، والفسق نوعان:

الأول - ما كان من جهة الأفعال[3]، وفي ذلك يقول صاحب منتهى الإرادات: "...ويعتبر لها - أي العدالة - شيئان: أحدهما - الصلاح في الدين، وهو نوعان: أداء الفرائض، أي الصلوات الخمس، والجمعة، وما وجب من صوم، وحج، وزكاة وغيرهم برواتبها... والنوع الثاني: اجتناب المحرم، بألا يأتي كبيرة، ولا يدمن على صغيرة..."[4].

الثاني - ما كان من جهة الاعتقاد[5]، وهو اعتقاد البدعة، أو الهوى[6]، كالباطنية[7]، والمرجئة[8]، والقدرية[9]، والروافض[10]، والخطابية[11] وغير هؤلاء من أصحاب البدع الضالة،

---

(1) البقره آية٢٨٢

(2) الطلاق آية٢.

(3) ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ ص٣٠.

(4) البهوتي، **منتهى الإرادات**، ج٣ ص٥٨٩-٥٩٠.

(5) شهادة الفاسق من جهة الاعتقاد إذا كان متحفظا في دينه كالخوارج والمعتزلة والإمامية، والزيدية ونحوهم محل خلاف بين الفقهاء، والذي أميل إليه أنها مقبولة حال أمن جانبهم، أما الغلاة منهم كالذين ذكرت، من مثل المرجئة، والقدرية ... فلا خلاف في عدم قبول شهادتهم.

(6) ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ ص٣٠. الحطاب، **منح الجليل**، ج٨ ص٣٩٠. ابن عابدين، **تكملة الحاشية**، ج٧ ص١٠٨. الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ ص١٧١.

(7) أسسها جماعة منهم ميمون بن ديصان المعروف بالقداح، ومحمد بن الحسين الملقب بذيذان، قيل في حقهم أنهم أشد ضررا على المسلمين من اليهود والنصارى والمجوس، تفترق الباطنية إلى عدة فرق. انظر: البغدادي، الأستاذ عبد القاهر، (١٩٧٨م). **الفرق بين الفرق**. (ط٢). بيروت: دار الآفاق الجديدة، ص١٥-١٦.

(8) من الإرجاء وهو بمعان: ١ــ التأخير، حيث كانوا يأخرون العمل عن النية والعقد، ٢ــ إعطاء رجاء، فكانوا يقولون لا تضر مع الإيمان معصية، كما لا تنفع مع الكفر طاعة، والمرجئة أربعة أصناف: مرجئة الخوارج، ومرجئة القدرية، ومرجئة الجبرية، والمرجئة الخالصة. انظر:الشهرستاني، أبو الفتح عبدالكريم. **الملل والنحل**. تحقيق محمد كيلاني، بيروت: دار الثقافة العربية، ج١ ص١٣٩-١٤٦.

(9) نسبة إلى القدر، سموا كذلك لأنهم أنكروا القدر الإلهي، بمعنى أثبتوا للعبد قدرة توجد الفعل بانفرادها واستقلالها دون الله تعالى، ظهرت هذه الفرقة بالبصرة، أول من تكلم في القدر هو معبد الجهني، وكيلان الدمشقي. انظر: الشهرستاني، **الملل والنحل**، ج١ ص٤٣ وما بعدها. أبو العز، محمد بن علاء الدين الحنفي، (١٤٠٤هـ). **شرح العقيدة الطحاوية**. (ط٨). حققها جماعة من العلماء، وخرج أحاديثها الشيخ الألباني، بيروت - دمشق: المكتب الإسلامي، ص٤٣٨.

(10) أظهروا بدعتهم في زمان علي، وافترقوا بعد زمان علي إلى أصناف، منهم المغالين مثل السبأبية الذين قالوا بأن علي إله، ومنهم الذين قالوا بأنه لا إمامة إلا بنص، وقد نص النبي عليه السلام على علي في مواضع. انظر: الشهرستاني، **الملل والنحل**، ج١ ص٥٧.

(11) أصحاب أبي الخطاب، محمد بن أبي زينب الأسدي، زعم أبو الخطاب أن الأئمة أنبياء، ثم آلهة، وقال بإلهية جعفر بن محمد، وإلهية آبائه، وهم أبناء الله وأحباؤه، قتله عيسى بن موسى صاحب المنصور على خبث دعوته، وافترقت الخطأبية بعده فرقا، غالت كل فرقة في خرافاتها وأهوائها. انظر: الشهرستاني، الملل والنحل:

فلا تقبل شهادتهم. جاء في منح الجليل: "...ولا بدعة، أي اعتقاد مخالف لاعتقاد أهل السنة، فلا تقبل شهادة مبتدع؛ لأنه إما فاسق، وإما كافر..."[١].

وخاتمة القول في ذلك، أن العدالة صفة لاعتدال الشخص في دينه وأفعاله ومروءته، فإذا انحرفت واحدة من هذه الصفات، كانت العدالة منتقصة بحيث ترد معها شهادة الشاهد[٢].

هل لزيادة عدالة الشهود أثر في الترجيح؟

الناظر في ما خطه فقهاء المذاهب الإسلامية في هذا الشأن يجد أن المالكية أكثرهم اعتدادا بها - أي العدالة[٣]، فقد منحت قوة مطلقة في الترجيح بين البينات المتعارضة عندهم، فحظيت بمكان متقدم بالنسبة لبقية المرجحات، وفي قول عندهم أنها في المقام الأول[٤]، والصحيح - الراجح - عندهم أنها ليست في المقام الأول بل تتقدمها مرجحات أخرى كالمفصلة، فالنظر في التفصيل والإجمال مقدم على النظر في الأعدلية، وكالشاهدة بالملك من المقاسم، وتتقدم هي غيرها كالترجيح باليد وهكذا[٥].

وقد جعل المالكية زيادة العدالة بشاهد واحد قدرا، لذا أوجبوا على المدعي اليمين، فإذا زادت بينة أحدهما عدالة وجب عليه يمين، بناء على أن مزيد العدالة كشاهد واحد.

وقيل: لا يحتاج إلى اليمين، بناء على أن مزيد العدالة كشاهدين، ورجح العدوي الأول[٦].

والترجيح بزيادة العدالة في الشهود محكوم بشروط عندهم:

منها أن يكون في المال وما يقصد به المال كالبيع والإجارة والرهن ونحوه مما يثبت بالشاهد واليمين، فلا يرجح بزيادة العدالة في النكاح والطلاق والحدود[٧].

وقيل يرجح بها في غير الأموال، والمذهب عندهم ما سبق[٨].

---

(١) الحطاب، **منح الجليل**، ج٨ ص٣٩٠.
(٢) انظر: عبد العزيز، أمير، (١٤١٩-١٩٩٦). فقه الكتاب والسنة. (ط١). القاهرة: دار السلام، ج٢ ص٧٩٧.
(٣) انظر: القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٨٩. له **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام**، ص٦٧. ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٢٦٣. الصاوي، **بلغة السالك**، معه الدردير، **الشرح الصغير**، ج٢ص٣٧٣.
(٤) انظر: القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٨٩. ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٢٦٣.
(٥) القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٣٧وما بعدها. عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٣٣. العدوي، **الحاشية**، ج٧ص٢٣٠.
(٦) انظر: الخرشي، **الحاشية**، ومعه العدوي ، **الحاشية**، ج٧ص٢٣٠. ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ ص٢٦٤.
(٧) انظر: القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٩. الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص٢٢٠. عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٣٧. الحطاب، **مواهب الجليل**، ج٦ص٢٠٩.
(٨) انظر: الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص٢٢٠. عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٣٧.

ومنها أن يكون المدعى بغير يد المتداعيين، قال بهذا بعض المالكية، فلا تــرجح البينــة بزيادة العدالة حال كون المدعى بيدهما، أو بيد أحدهما. والمذهب عندهم ترجيح أعــدل البينتــين سواء أكان المدعى بيد المتخاصمين، أم بيد غيرهما، أم كان بيد أحدهما، أم بغير يد أحــد، فمــن كان شهوده أعدل كانت بينته أرجح، وحكم له[١].

ومن الشروط كذلك أن يكون الترجيح في البينة الأصلية لا المزكية[٢]، فلا اعتداد بها في البينة المزكية، بأن زكت الشهود بينة، وجرحت بينة وكان المزكون أكثر عدالة فلا يرجح بها[٣].

وقد وافق المالكية في مذهبهم هذا - أي التــرجيح بالأعدليــة[٤] - بعــضُ الحنابلــة[٥]، والشافعي في القديم[٦].

استدل هؤلاء بما يأتي:

أن البينة إنما اعتبرت لما تفيده من غالب الظن، وما من شك أن ما تثيره الأعدل منهمــا ظنا فوق ما تثيره الأخرى، لأن الأعدل أقرب للصدق، والنفس بقوة العدالة أوثق.

ثم إن ما هو مطلوب في الشهادة من الاحتياط والتثبت ليس مطلوبا في الرواية ونحوها، وعليه فلا مندوحة عن الأعدل ولا يصح عنه أن يعدل[٧].

أما جمهور الفقهاء: الحنفية[٨] والشافعية[٩] والحنابلة[١٠] والظاهرية[١١] فذهبوا إلى عــدم الاعتداد بالأعدلية، مستدلين بأن الشهادة مقدرة بالشرع، فلا تختلف بالزيادة، كالديــة لا تختلــف بزيادة المأخوذ فيه، فدية الصغير الحقير كدية الكبير الشريف العالم العظيم.

ثم إن المقصود أصل العدالة، فمتى تحققت وقعت بها الكفاية، ولا حد لأكثرها فلا ترجح بها.

---

(١) انظر: القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٨٩. ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٢٦٣. الحطاب، **مواهب الجليل**، ج٦ص٢١١.
(٢) انظر: الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص٢٢٠. الصاوي، **بلغة السالك**، ج٢ص٣٧٣.
(٣) انظر: العدوي، **الحاشية** مطبوع مع الخرشي، ج٧ص٢٣٠.
(٤) بعيدا عن التفصيلات السابقة التي ذكرت عند المالكية، فهذه اختص بها المالكية وحدهم.
(٥) ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٧٧. المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ص٣٨٨.
(٦) انظر: الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ص٣٠٧. المطيعي، **تكملة المجموع**، ج٢٦ص٧٠٣.
(٧) انظر: ابن حسين المكي، **تهذيب الفروق**، ج٤ص١٣٩.
(٨) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ص٤١. ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج٧ص٢٤٦. داماد، **مجمع الأنهر**، ج٢ص٢٨٠. ابن عابدين، **الحاشية**، ج٥ص٥٧٦.
(٩) انظر: الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ص٣٠٦. النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٤٠. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨٢. المطيعي، **تكملة المجموع**، ج٢٦ص٧٠٣.
(١٠) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٧٧. البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٤٩٨.
(١١) انظر: ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٥٣٩.

وقاسوا على زيادة العدد، بل هذه أولى، لأنها بينات معتبرة شرعا، والعدالة صفة، وإذا لم يعتبر العدد فالصفة بعدم الاعتبار أولى[١].

ويبدو أن هذا القول أولى بالاتباع؛ لقوة دليله، فلم يرد في القرآن ولا في السنة ما يشير إلى اشتراط ذلك، وكل ما هنالك اشتراط تحقق صفة العدالة في الشاهد، وهذه لم يجادل في اشتراطها أحد، فمن أين لهم بهذا الشرط، الذي يفيد بصورة أو بأخرى تجريح من سلمنا عدالتهم، فإذا كانت العدالة مطلوبة أصلا في الشاهد حتى أنه لا يقضى بغير العدول فردها بحجة أعدلية غيرهم لا يصح، إذ هو تجريح فيهم، والتجريح يقتضي رد الشهادة، وهم في الأصل عدول فلو شهدوا لقبلت شهادتهم، وحكم بها، فكيف نردها بحجة عدم تحقق العلة التي هي فيهم وحكمنا بها في غير موضع.

ثم إن الترجيح بالعدالة يؤدي إلى عدم استقرار القضاء، فلربما كان لصاحب الحق شهود مبرزون عدالة، واكتفى بشهادة العدول، وجاء خصمه بأعدل منهما، عندها يرجأ إلى أن يجيء بشهوده العدول، وهكذا فيضطرب القضاء ولا يؤدي مقصوده من فصل الخصومات وقطع المنازعات.

هذا وقد يكون الأعدل من الشهود غير ضابط ولا متبصر بحقيقة ما يشهد به، فلا يقدم بحال على الضابطين العارفين بما يشهدون ويستشهدون وإن كانوا دونه عدالة.

ومن هنا، فلا بد من أن ينظر القاضي رأيه، وأن يعمل عقله وفطنته، حتى يأتي بالسداد من القول والفعل. والله تعالى الموفق

هل اشترط القانون العدالة في الشاهد؟

مر أن القانون لم يعول كثيرا على العمل بالشهادة، فلم تعد أصلا في الإثبات، كما ضيق نطاق عملها، فأصبحت قصرا على بعض الدعاوى، إضافة إلى إخضاعها لسلطة القاضي وتقديره، كل ذلك كان سببا في إضعاف الشهادة، وعدم الاهتمام بها وبكثير من الأحكام والجزئيات التي أحاطت بها، وتداولها الخلف عن السلف منذ القدم، ومن ذلك العدالة التي منحها الإسلام دورا كبيرا في تقرير الشهادة قبولا وردا.

فلم أعثر – مما وقع تحت يدي من كتب شراح القانون - على ما يدل على اشتراط العدالة في الشاهد، وكل ما هنالك؛ أنهم اكتفوا بمدى ارتياح القاضي إلى الشاهد، وفي ذلك يقول الأستاذ

---

(١) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٧٧. المقدسي، **الشرح الكبير**، ج١٢ص١٩٢. منلا خسرو، **درر الحكام**، ج٢ص٣٤٨. ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٥٣٩.

السنهوري: "...وكذلك زالت ضرورة تزكية الشهود، فلم يعد الشاهد يزكيه شاهد آخر، بل الـذي يزكيه هو مبلغ ما يبعثه في نفس القاضي من الاطمئنان إلى دقته، والثقة في أمانته"[١].

والسبب أن القانون - نظرا لفساد الذمم - اعتبر كل شهادة مظنة للتهمة، لذا أعطى القاضي صلاحية أكبر في قبول الشهادة وردها، فلا تكون الشهادة موجبة للحكم إلا إذا شكلت قناعة قضائية تقطع بصحتها.

أما الشرع فقد اشترط العدالة في الشاهد، حتى تعد شهادته حجة قاطعة موجبة للحكم، وإذا ما اختلت بعض جوانب العدالة في الشاهد كانت الشهادة مظنة التهمة والشك كما هو الحال في القانون، فلا بد عندها من توفر قرائن أخرى تشكل معها قناعة قضائية تجعلها حجة موجبة

ولا يخفى أن لكل أسبابه ودوافعه التي تحمله على ذلك، فالشهادة كانت قديما هي السبيل الأكثر وفرة من بين طرق الإثبات المختلفة، إضافة إلى عامل التقوى الذي كان يتملك الناس في جملتهم، أما اليوم فقد تغير حال الناس - في الجملة - دينا وخلقا، وأصبح من الممكن إيجاد بدائل عن الشهادة في كثير من القضايا والحوادث، فلم تعد الحاجة لها كما كانت من ذي قبل، وإن لم يجدوا عنها بدا في كثير من الأمور، لذلك أخضعت لنظر القاضي وتقديره، فيحكم بها متى تشكل لديه قناعة بصدقها.

وأرى أن يتبنى القانون مبدأ تعديل الشهود، فيحكم بشهادتهم متى كانوا عدولا ضابطين، وهذا أولى من أن يترك الأمر لنظر القاضي وتقديره، فيوقع القضاة في التهمة، ويفتح الباب واسعا أمام قضاة السوء والمرتشين منهم للنيل من الناس، وحقوقهم.

المطلب الخامس - الترجيح بسبب الملك:

عرفت المجلة في المادة (١٦٧٨) الملك المطلق والملك بسبب بقولها: "الملك المطلق هو الذي لم يقيد بأحد أسباب الملك كالإرث والشراء، وأما الملك الذي يقيد بأحد هذه الأسباب فيقال له: الملك بسبب".

والذي نود التعرف عليه هو مدى اعتداد الفقهاء بسبب الملك في الترجيح بين البينات المتعارضة، فلو تعارضت بينتان، إحداهما تذكر سبب الملك، والأخرى مطلقة، أو كلاهما تذكر سببا للملك، فهل ترجح المسببة على المطلقة؟ وهل ثمة اختلاف في قوة السبب المذكور؟

---

(١) السنهوري، **الوسيط**، ج٢ ص٣٢٣.

يمكن القول: إن الفقهاء - في الجملة – يعتدون بسبب الملك في الترجيح بين البينات المتعارضة، ويستدلون لذلك بأن ذاكرة السبب معها زيادة علم، وهو سبب تملك العين المدعاة، في حين أن الأخرى لم تفد غير مطلق الملك.

ولكن هذا الاعتداد يختلف من مذهب إلى آخر، فهو في مقدمة المرجحات عند فريق من أهل العلم، فترجح البينة المسببة عند هؤلاء على المطلقة، في حين أنه ليس كذلك عند فريق آخر، بل يتقدم عليه غيره، كما يتقدم هو على غيره والأمر محل نظر، وسأورد مذاهب الفقهاء فيما يأتي بحسب اعتداد كل مذهب منها بالسبب، وتفصيل المسألة كما يأتي:

كان المذهب المالكي أكثر المذاهب اعتدادا بالبينة المسببة، فترجح على البينة المطلقة، بل إنها – أي ذاكرة السبب - تقدم عندهم على المرجحات جميعها، فتقدم على التاريخ، وزيادة العدالة، واليد وهكذا، وهذا في الراجح من مذهبهم[١].

وذهب أشهب إلى القول بتقديم بينة الملك المطلق على ذاكرة السبب[٢].

أما لو ذكر سبب الملك في كليهما، فالمالكية يقدمون ذاكرة الملك من المقاسم (أي المغانم) شراء أو سهما، فلا يرجح عليها شيء، جاء في حاشية الدسوقي: "قال ابن القاسم في دابة ادعاها رجلان وليست بيد أحدهما، فأقام أحدهما بينة أنه اشتراها من المغانم، والآخر بينة أنها نتجت عنده: هي لمن اشتراها من المغانم، بخلاف من اشتراها من أسواق المسلمين؛ لأن هذه تغصب وتسرق ولا تحاز على المالك إلا بأمر يثبت، وأمر المغانم قد استقر أنها خرجت عن ملكه بحيازة المشركين، ولو وجدت في يد من نتجت عنده فأقام هذا بينة أنه اشتراها من المغانم أخذها أيضا وكان الأولى بها..."[٣].

أما في غير المقاسم من أسباب الملك فيعمدون إلى الترجيح بالمرجحات الأخرى إن لم يكن الترجيح بقوة السبب ممكنا، ومن شروطهم في الترجيح بسبب الملك:

- ألا يكون سبب الملك مما يحترفه المدعي، فلو ادعى نسج عين، وادعى الآخر ملكا مطلقا قدمت بينة النسج إن كان الناسج ينسج لنفسه، أما إن انتصب للناس فلا تنفعه الشهادة بالنسج[٤].

---

(١) الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص٢٢٠. الصاوي، **بلغة السالك**، ومعه الدردير، **الشرح الصغير**، ج٢ ص٣٧٣. ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٢٦٤.

(٢) الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص٢٢٠.

(٣) الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ص٢٢٠.

(٤) انظر: عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٣٤.

- تقدم البينة الناقلة على المستصحبة، فلو ادعى أحدهما ملكا بسبب شراء أو إرث أو هبة، وادعى الآخر ملكا بسبب شراء أو هبة من الأول قدمت بينة الثاني؛ لأنها ناقلة، والأخرى مستصحبة(١).

ويأتي في المرتبة الثانية اعتدادا بالبينة المسببة مذهب الشافعية(٢)، فالصحيح من مذهب هؤلاء أنهم يقدمون البينة المسببة على المطلقة، وأكثر من ذلك يقدمون البينة التي تفيد زيادة علم.

واختلفوا في تقدم البينة ذاكرة السبب على بينة الداخل مع يده، والصحيح من مذهبهم أن بينة ذي اليد في هذه الحالة مقدمة على بينة الخارج، هذا إذا كان سبب الملك من غير جهة الداخل، أما لو ادعى أنه اشتراها من الداخل، أو اتهبها وقبضها منه فإنها تقدم عندهم بلا خلاف، وهذا ما يسمى بالبينة الناقلة، فهي تقدم عندهم على المستصحبة(٣).

أما فقهاء الحنفية فللبينة ذاكرة السبب عندهم مكانة واعتبار في الترجيح بين طرق الإثبات المتعارضة، وإن لم يكن بالقدر الذي عليه فقهاء المالكية، فهم –كما هو واضح من تتبع نصوصهم، والتطبيقات القضائية لفقهائهم - ينظرون باهتمام إلى سبب الملك، ويولونه من العناية والاهتمام ما يجعله مرجحا غالبا.

كما أن لسبب الملك المدعى تأثيرا واضحا على نتيجة الحكم عندهم، فمن المرجحات التي يعتمدونها والتي هي بمثابة القاعدة عندهم: أن بينة الخارج مقدمة على بينة الداخل – على ما أسلفنا بيانا - لكن يستثنى من هذا بعض الحالات التي يذكر فيها الداخل سبب الملك، فمثلا تقدم بينة الداخل على بينة الخارج إذا ادعى الداخل نتاجا، وما في حكمه، والخارج ملكا مطلقا، ولو ادعيا نتاجا قدم الداخل كذلك عندهم.

بل إن من قواعدهم في هذا والتي سبق ذكرها: أن من يدعي سبب ملك لا يتكرر كان بمنزلة النتاج، فيقدم على بينة الخارج عندهم باتفاق(٤).

كل هذا يشير إلى أنهم يولون سبب الملك عناية واهتماما كبيرين، بل إنهم في بعض الحالات يلجأون إلى سبب الملك قوة وضعفا في الترجيح بين طرق الإثبات المتعارضة، فمثلا يقدمون بينة الشراء على بينة الهبة، فإذا ادعيا ملكا، وسبًبا، وكان سبب ملك أحدهما الشراء من

---

(١) انظر: عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٣٤.

(٢) انظر: الشيرازي، **المهذب**، ج٢ص٤٣٧. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨٥.

(٣) انظر: الأنصاري، **أسنى المطالب**، معه: الرملي، **حاشية**، ج٤ص٤٠٩. ابن أبي الدم، ص٢٢٨.

(٤) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ص٤٤. الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٤ص٢٩٥. ابن قاضي سماونة، **جامع الفصولين**، ج١ص٧٨. الكرابيسي، أسعد بن محمد. **الفروق**. عالم الكتب، ج٢ص١٦٩. ابن عابدين، **العقود الدرية**، ج١ص٣٣٣.

شخص، وسبب ملك الآخر الهبة من الشخص ذاته، فإن بينة الشراء مقدمة عندهم على بينة الهبة؛ لأنه أقوى، لكونه عقد معاوضة من الجانبين، فهو أكثر إثباتا(١).

أما الحنابلة فالمعتمد من مذهبهم أنهم لا يعتدون بسبب الملك، سواء كان المدعى بيدهما، أو بيد أحدهما، أو بيد غيرهما، أو بغير يد أحد(٢)، جاء في كشاف القناع: "... أو شهدت بينة بالملك وسببه كنتاج، بأن شهدت أنها نتجت في ملكه، أو شهدت بسبب غيره كشراء أو هبة وشهدت بينة بالملك وحده، أو شهدت بينة أحدهما بالملك له منذ سنة وشهدت بينة الآخر بالملك منذ شهر ولم تقل اشتراه منه فهما سواء؛ لأن البينتين تساويا فيما يرجع إلى المختلف فيه وهو ملك العين الآن فوجب تساويهما في الحكم"(٣).

وثمة رواية بتقديم بينة الداخل إذا ذكرت سببا للملك.

والصحيح عندهم الأول، وهو أن بينة الخارج مقدمة في هذه الحالة ما لم تكن بينة الداخل ناقلة عن ملك الخارج بسبب من الأسباب، فلو ادعى الخارج أنها ملكه، وأقام الداخل بينة أنه اشتراها من الخارج قدمت بينة الداخل(٤).

أما فقهاء الظاهرية فلا يأبهون بسبب الملك في الترجيح بين البينات، هذا إذا كان المدعى بغير يد أحدهما، أما إذا كان بيد أحدهما فترجح بينة الخارج عندهم إلا أن يكون مع بينة الداخل بيان زائد بانتقال ذلك الشيء إليه أو يلوح بتكذيب بينة الآخر(٥).

ويمكن أن يفهم من هذا أن سبب الملك يقدم عندهم في حال شهدت البينة بانتقاله من الخارج، أو أفاد ما يكذب بينة الخارج.

ومن هذا نجد أن فقهاء الحنابلة في المعتمد من مذهبهم، وكذا الظاهرية هم أقل المذاهب اعتدادا بسبب الملك في الدعوى، بل لا يلتفتون إليه إلا في حالات قليلة ونادرة.

ومن الصور التي كانت محل اتفاق عند فقهاء المذاهب الأربعة وكذلك الظاهرية: تقديم البينة الناقلة على البينة المستصحبة(٦)، فلو شهدت بينة في عين أنها ملك لزيد، أنشأها، أو وهبها

---

(١) انظر: قاضي زاده، **تكملة فتح القدير**، ومعه: البابرتي، **العناية**، وسعدي أفندي، **الحاشية**، ج٨ ص٢٥٤.

(٢) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٦٨. البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٤٩٦ وما بعدها. المرداوي، **الإنصاف**، ج١١ص٣٨١.

(٣) انظر: البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٤٩٨.

(٤) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٦٨. البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٤٩٦.

(٥) انظر: ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٥٣٧.

(٦) الاستصحاب من صحب الشيء بمعنى لازمه، وهو التمسك بما كان ثابتا، فكأنه جعل تلك الحالة مصاحبة غير مفارقة، انظر: أنيس، الوسيط، ص٥٠٧. والفيومي، أحمد بن محمد. **المصباح المنير**. المكتبة العلمية، ص٣٣٣. والمقصود بالبينة الناقلة هي التي تشهد بمفارقة الملك لحاله الذي كان عليه.

ولا يعلم خروجها من ملكه بناقل شرعي، وشهدت أخرى أنها لعمرو اشتراها من زيد، أو وهبها له فإنه يعمل بالبينة الناقلة(١).

والملاحظ أنه لا تعارض بين البينتين في هذه الحالة، وهذا ما قرره علماء المالكية، بل إنه يمكن أن يصنف عندهم في باب الجمع والتوفيق، وهو - كما نعلم - مقدم عندهم على الترجيح، فتقدم البينة الناقلة في هذه الحالة حتى لو كانت أضعف، كأن تكون رجلا وامرأتين، أو رجلا ويمين(٢).

ويؤكد المعنى السابق – أي أنه لا تعارض بين البينة الناقلة والمستصحبة - أن الفقهاء يعدون القضاء باستصحاب الحال قضاء ترك لا استحقاق(٣).

المطلب السادس - الترجيح بزيادة الإثبات:

الترجيح بزيادة الإثبات يحتمل وجهين:

الأول: أن تكون إحدى البينتين مثبتة والأخرى نافية.

والآخر: أن تكونا مثبتتين ولكن مع أحدهما زيادة إثبات.

وتفصيل ذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأولى - أن تكون إحدى البينتين مثبتة والأخرى نافية.

البينة المثبتة مثل أن يقول الشهود: هذه السيارة ملك فلان من الناس.

البينة النافية مثل أن يقول الشهود: هذه السيارة لفلان اشتراها، ولم تزل ملكا له.

ومثل ما لو شهد أنه استقرض من فلان في يوم كذا فبرهن على أنه لم يكن في ذلك اليوم في ذلك المكان بل كان في مكان آخر.

فإذا تعارضت بينتان: إحداهما مثبتة، والأخرى نافية فما هو الحكم؟

---

(١) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ص٣٧. ابن عابدين، **الحاشية**، ج٥ص٥٤٥. الدردير، **الشرح الكبير** مطبوع مع حاشية الدسوقي، ج٤ص٢٢١. ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٢٦٥. الرملي، **نهاية المحتاج**، ج٨ص٣٦١. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨٣. البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٤٩٦.

(٢) انظر: الدردير، مطبوع مع حاشية الدسوقي، ج٤ص٢٢١. ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص٢٦٥.

(٣) انظر: ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج٧ص١٠٨. داماد، **مجمع الأنهر**، ج٢ص١٧٩. ابن عابدين، **الحاشية**، ج٥ص٥٤٥.

يكاد الفقهاء يتفقون على تقديم البينة المثبة على النافية ما لم تتواتر[١].

والسبب أن الشهادة لإثبات خلاف الظاهر، ولهذا تقدم إحدى البينتين على الأخرى إذا كانت أكثر إثباتا[٢].

كما أن البينة إنما شرعت لإظهار الحق، ولا يكون ذلك حال النفي، جاء في المجلة في المادة (١٦٩٩): "إنما جعلت البينة مشروعة لإظهار الحق، فعليه لا تقبل الشهادة بالنفي الصرف ...ولكن بينة النفي المتواتر مقبولة...".

فبينة النفي في المثال السابق لا تقبل; لأن قوله: لم يكن، فيه نفي صورة، ومعنى. وقوله: بل كان في مكان كذا نفي معنى.

هل ترد بينة النفي على الإطلاق؟

لم يكن رفض الفقهاء لبينة النفي وهدرها أمام بينة الإثبات على إطلاقه[٣]، فثمة حالات تقبل فيها بينة النفي، وليس أدل على ذلك من العبارة السابقة في المجلة والتي تفيد أن الشهادة بالنفي الصرف هي التي لا تقبل.

ذكر شارح المجلة مستثنيين من عدم قبول الشهادة بالنفي الصرف:

الأول – بينة النفي المتواتر، وهو ما أشارت إليه عبارة المجلة.

الثاني – البينة المقامة على شرط منفي، فإذا حلف أحد قائلا: إذا لم أدخل داري هذا اليوم تكون زوجتي طالقا، وأقامت الزوجة البينة على عدم دخول زوجها الدار ذلك اليوم[٤].

كما ذكر الحموي في غمز عيون البصائر أنه يستثنى من هذه القاعدة إحدى عشر مسألة: " بينة النفي غير مقبولة، إلا في عشر - هذا كلام المصنف، قال بعده - يزاد عليها البينة على الإفلاس بعد حبسه فإنها تقبل على سبيل الاحتياط وإن كانت على النفي لتأييده بمؤيد, وهو الحبس"[٥].

---

(١) انظر: ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج٦ص٣١٤. الحموي، **غمز عيون البصائر**، ج٢ص٣٣٣. ابن عابدين، **الحاشية**، ج٥ص٤٩١. القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٣٦. ابن فرحون، **التبصرة**، ج٢ص١٥. الهيتمي، **الفتاوى الكبرى**، ج٣ص١٠٦. وله **تحفة المحتاج**، ج١٠ص٣٤٧. السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ص٤٩٢. البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٥٢٢. الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، ج٦ص٦٠٢.

(٢) انظر: الحموي، **غمز عيون البصائر**، ج٢ص٣٣٣. حيدر، **درر الحكام**، ج٤ص٣٩١.

(٣) يكاد يتفق الفقهاء على عدم رفض بينة النفي بالكلية، بل ثمة حالات تقبل فيها بينة النفي، وقد ترجح على بينة الإثبات. للمزيد انظر: ابن أبي الدم، **أدب القاضي**، ص٣٢٣. حيدر، **درر الحكام**، ج٤ ص٣٩١ وما بعدها. الحموي، **غمز عيون البصائر**، ج٢ ص٣٣٣.

(٤) انظر: حيدر، **درر الحكام**، ج٤ص٣٩١-٣٩٢.

(٥) انظر: الحموي، **غمز عيون البصائر**، ج٢ص٣٣٣.

وجاء في الفروق للقرافي – كما نقله عنه غير واحد من أهل العلم[١] - " اشتهر على ألسنة الفقهاء أن الشهادة على النفي غير مقبولة, وفيه تفصيل، فإن النفي قد يكون معلوما بالضرورة، أو بالظن الغالب الناشئ عن الفحص, وقد يعرى عنهما، فهذه ثلاثة أقسام:

أما القسم الأول - فتجوز الشهادة به اتفاقا كما لو شهد أنه ليس في هذه البقعة التي بين يديه أفرس, ونحوه فإنه يقع بذلك, وليس مع القطع مطلب آخر.

والثاني - نحو الشهادة في صور منها التفليس, وحصر الورثة فإن الحاصل فيه إنما هو الظن الغالب لأنه يجوز عقلا حصول المال للمفلس, وهو يكتمه, وحصول وارث لا يطلع عليه, ومن هاهنا قول المحدثين ليس هذا الحديث بصحيح بناء على الاستقراء, ومنها قول النحويين ليس في كلام العرب اسم آخره واو قبلها ضمة, ونحو ذلك.

والقسم الثالث - نحو أن زيدا ما وفى الدين الذي عليه أو ما باع سلعته , ونحو ذلك فإنه نفي غير منضبط , وإنما يجوز في النفي المنضبط قطعا أو ظنا. وكذلك يجوز أن زيدا لم يقتل عمرا أمس لأنه كان عنده في البيت أو أنه لم يسافر لأنه رآه في البلد فهذه كلها شهادة صحيحة بالنفي, وإنما يمتنع غير المنضبط فاعلم ذلك. وبه يظهر أن قولهم الشهادة على النفي غير مقبولة ليس على عمومه, ويحصل الفرق بين قاعدة ما يجوز أن يشهد به من النفي, وقاعدة ما لا يجوز أن يشهد به منه"[٢].

وقد قيد الحنابلة غير المقبول منه بما لم يكن محصورا، كأن يقول الشهود: لا حق له عليه، أما ما كان محصورا فيقبل، ومثلوا للنفي المحصور بمسألة الإعسار، بأن يقول الشهود: ليس له مال. وبحديث النبي ﷺ أنه دعي إلى الصلاة وكان يأكل لحما مشويا من شاة يحتز منه بالسكين، فطرح السكين وصلى ولم يتوضأ"[٣]. وعلل القاضي ذلك: بأن العلم بالترك والعلم بالفعل سواء في هذا المعنى، ولهذا تقول: إني صحبت فلانا في يوم كذا فلم يقذف فلانا، قبلت شهادته كما تقبل في الإثبات[٤].

وذكر السيوطي في الأشباه والنظائر أن الشهادة على النفي لا تقبل إلا في ثلاثة مواضع:

أحدها: الشهادة على أن لا مال له, وهي شهادة الإعسار.

الثاني: الشهادة على أن لا وارث له.

---

(١) انظر: الطرابلسي، **معين الحكام**، ص١١٤. ابن فرحون، **التبصرة**، ج٢ص١٥.

(٢) القرافي، **الفروق**، ج٤ص١٣٦.

(٣) رواه البخاري في **صحيحه**، باب إذا دعي الإمام إلى الصلاة وبيده ما يأكل، ج١ص٢٣٩. رقم (٦٤٣). وابن حبان في **صحيحه**، ج٣ص٤٢١. رقم (١١٤١).

(٤) انظر: ابن مفلح، **الفروع**، ج٦ص٥٥٧. الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، ج٦ص٦٠٢. البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٥٢٣. وله، **شرح منتهى الإرادات**، ج٣ص٥٨٣.

الثالث: أن يضيفه إلى وقت مخصوص, كأن يدعي عليه بقتل أو إتلاف أوطلاق في وقت كذا, فيشهد له بأنه ما فعل ذلك في هذا الوقت , فإنها تقبل في الأصح[١].

ونخلص من هذا إلى أن القول برد بينة النفي ليس مطردا، وإنما محكوم بقواعد وشروط لابد من مراعاتها، ولعل أبرزها ألا يكون النفي متواترا.

رأي القانون في شهادة النفي:

يتفق القانون مع الفقه في التحرز من قبول بينة النفي في الجملة، وإن كان ذلك بشكل أقل من الفقه، فالقانون مثلا يقبل بينة النفي إذا كانت منتجة في الدعوى، ومعنى كونها منتجة ألا يتعذر إثبات النفي فيها، ومثل لذلك بما إذا كانت الواقعة المراد إثباتها مطلقة (أي غير محصورة)، فهنا لا يكلف مدعي ذلك عبء الإثبات حتى لو كان مدعيا.

وفي بعض الحالات يقبل فيها إثبات النفي المطلق، وهي الحالات التي تقضي الضرورة بذلك، مثل شهادة حصر الورثة، فتقبل للضرورة[٢].

الفرع الآخر – أن يكون الإثبات في كلا البينتين مع زيادة في واحدة منها:

كما لو تنازع البائع والمشتري في مقدار الثمن، وهذا يحصل بادعاء البائع الأكثر، وادعاء المشتري الأقل.

مثلا: إذا قال البائع: إنني بعت بمائتي درهم. وقال المشتري: اشتريت بمائة وخمسين درهما.

أو اختلافهم في مقدار المبيع, وهذا يكون باعتراف البائع بمقدار من المبيع, وادعاء المشتري بزيادة عنه.

مثلا: إذا قال المشتري قد اشتريت هاتين الفرسين وقال البائع: قد بعت لك فرسا.

ففي هذه الحالة تقدم البينة المشتملة على الزيادة على الأخرى في قول جمهور أهل العلم: الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، والحنابلة في قول اختاره أبو الخطاب[٥]، والشافعية في قول خرجه ابن سريج[٦]. فذهب هؤلاء إلى تقديم بينة الزيادة على بينة النقصان.

---

(١) انظر: السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ص٤٩٢.

(٢) انظر: نشأت، **رسالة الإثبات**، ج١ص٧٧-٧٨.

(٣) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٦ص٨. الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٣٦٧. قاضي زاده، **تكملة فتح القدير**، ج٨ص٢٠٥. الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٤ص٣٠٤.

(٤) انظر: الحطاب، **مواهب الجليل**، ج٦ص٢٠٩.

(٥) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص٢٢١.

(٦) انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٤٩. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨٥.

واستدلوا بأن بينة الزيادة لا معارض لها في قدر الزيادة، فيجب العمل بها في ذلك القدر لخلوها عن المعارض، ولا يمكن ذلك إلا بالعمل في الباقي، فيوجب العمل بها في الزيادة ضرورة العمل بها في الباقي[١].

والترجيح ببينة الزيادة هنا يستلزم القول بضرورة اتحاد المجلس مكانا، وزمانا، فمع الاختلاف يصار إلى الترجيح بالتاريخ، وعند المالكية والحنابلة إن أمكن الجمع جمع[٢].

كما يجدر القول أن الزيادة في الإثبات مرجح ضعيف، فيقدم عليه غيره من المرجحات الأخرى، فالترجيح بالعدالة مثلا مقدم عليه عند المالكية[٣] وهكذا.

كما أنه يشترط للترجيح بالزيادة ألا يكون المدعى بيد أحد المتداعيين.

وخالف في ذلك الشافعية في الأظهر عندهم[٤]، والحنابلة في المعتمد[٥]، فذهبوا إلى أن البينتين تتعارضان، وفي حكم هذا التعارض عند الشافعية يجيء القولان:

- السقوط، وهو الأصح.

- والاستعمال، وفي الاستعمال يقرع بينهما على الأصح عند من قال بذلك، ولا تأتي هنا القسمة، ولا الوقف؛ لأن التنازع هنا في العقد وهو لا يمكن أن يقسم، وكذلك المنافع تفوت في مدة الوقف[٦].

وعند الحنابلة يحكم بالسقوط، ويتحالفان، وقيل يقرع بينهما[٧].

ووجه قول هؤلاء أنهم نظروا إلى أن البينتين تكاذبتان، إذ لا مزية لإحداهما على الأخرى فوجب سقوطهما.

موقف القانون من الترجيح بزيادة الإثبات:

الواقع أني لم أقف للقانون على رأي بخصوص ذلك، كما هو الحال مع غيره من المرجحات، وأرى أن هذا قصور في نظرته لهذا الموضوع، فلا يعقل أن المحاكم بكافة أنواعها تخلو من وقوع تعارض بين البينات من هذا القبيل، وسواه، ولكن يبدو أن السلطة الواسعة الممنوحة للقاضي حيال النظر في البينات جعل الحاجة إلى نص صريح بخصوصها أضعف.

ولا يخفى أن هذا ثلم في القانون يجب معالجته.

---

(١) انظر: الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٣٦٧. حيدر، **درر الحكام**، ج٤ص٤٣٤.
(٢) انظر: عليش، **منح الجليل**، ج٨ص٥٣٢.
(٣) انظر: العدوي، **الحاشية**، معه أبو الحسن المالكي، **كفاية الطالب**، ج٢ص٣٥١.
(٤) انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٤٩. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨٥. الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ص٣٥٣.
(٥) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص٢٢١.
(٦) انظر: الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨٥. الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ص٣٥٣.
(٧) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص٢٢١. ابن مفلح، **المبدع**، ج١٠ص١٦٤.

الفصل الرابع

تهاتر طرق الإثبات، وفيه مبحثان:

المبحث الأول – حالات تتهاتر عندها طرق الإثبات باتفاق الفقهاء.

المبحث الثاني – حالات اختلف الفقهاء في تهاتر طرق الإثبات عندها.

تمهيد:

مر معنا أن ثمة مسالك ثلاثة لإنهاء التعارض بين طرق الإثبات:

المسلك الأول: الجمع والتوفيق، وهو إما أن يكون بإعمال البينتين من كل وجه، أو من بعض الوجوه دون بعض.

المسلك الثاني: الترجيح وهو إما أن يكون بقوة البينة، أو بمرجح.

المسلك الثالث: التهاتر والتساقط للبينات المتعارضة.

وقد مر كذلك أن الخلاف قد وقع بين الفقهاء في الجمع والترجيح تقديما وتأخيرا.

أما التهاتر فلا خلاف في تأخيره، وعدم المسير إليه إلا بعد تعذر الجمع والترجيح على السواء، فلو أمكن أحدهما لما كانت حاجة إلى التهاتر، لأن إعمال الدليل أولى من إهماله.

وانظر تفصيل القول في التهاتر فيما يأتي:

المبحث الأول – حالات تتهاتر عندها طرق الإثبات باتفاق الفقهاء.

المبحث الثاني – حالات اختلف الفقهاء في تهاتر طرق الإثبات عندها.

وأسبق ذلك بالحديث عن مفهوم التهاتر لغة واصطلاحا.

مفهوم التهاتر:

التهاتر لغة: من الهِتْر (بكسر الهاء) وهو السقط من الكلام، والكذب.

يقال: قول هتر: أي كذب.

ويقال: تهاترا، ادعى كل واحد على الآخر باطلا، وكذبا.

ويطلق على الشهادات التي يكذب بعضها بعضا، يقال: تهاترت البينات، أي تعارضتا وتساقطتا، وكل بينة لا تكون حجة شرعا فهي من التهاتر(١).

والاصطلاح الشرعي لا يخرج عن المعنى السابق(٢).

جاء في الطريقة الواضحة في تعريف التهاتر: "...وعند الفقهاء: البينات التي يبطل بعضها بعضا لعلل: إما التعارض والتضاد، أو الاستحالة، أو عدم المشروعية"(٣).

---

(١) انظر: ابن منظور، **اللسان**، فصل الهاء، باب الراء، ج٥ ص٢٤٩. أنيس، **الوسيط**، ج٢ص٩٧١. و النسفي، عمر بن أحمد أبو حفص. **طلبة الطلبة**. بغداد: المطبعة العامرة مكتبة المثنى، ص١٣٣. والمطرزي، ناصر عبد السيد أبو المكارم. **المغرب**. دار الكتاب العربي، ص٤٩٩-٥٠٠.

(٢) انظر، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ج١٤ص٨٤.

(٣) حمزة، **الطريقة الواضحة**، ص٢٢٦.

المبحث الأول

حالات تتهاتر عندها طرق الإثبات باتفاق الفقهاء:

يتفق الفقهاء على أن تهاتر طرق الإثبات المتعارضة يجيء حال تعذر العمل بالبينتين المتعارضتين أو بإحداهما بوجه من وجوه الاستعمال: جمعا وتوفيقا، أو ترجيحا، أو نحوه(١).

كما يتفقون على حالات يعمل بالتهاتر عندها، وهي ما نص عليه التعريف السابق المنقول عن الطريقة الواضحة، وهي:

أولاً - حال استحالة العمل بالبينتين المتعارضتين.

ثانياً - إذا كان العمل بهما يفضي إلى عدم المشروعية.

وتفصيل القول في ذلك يأتي في الفروع الآتية:

المطلب الأول:

التهاتر بسبب استحالة العمل بطرق الإثبات المتعارضة حسا، وضرورةً.

إذا بلغ التعارض بين البينتين المتعارضتين حدا يصبح معه التوفيق بينهما بوجه من وجوه التوفيق مستحيلا يحكم بتساقطهما – أي البينتين – أما ما يدعيان ففي نظرة الفقهاء إلى ما يؤول إليه خلاف(٢).

والاستحالة تقسم إلى قسمين:

أولا - الاستحالة الحسية:

وهي حال قيام البينة على شيء شهد الحس بتكذيبه، كما لو ادعى أنه باعه عينا بألف دينار وهي تساوي دينارا، أو نصف دينار(٣).

ومُثّل لها كذلك بـ: "إذا كانت الدار في يد رجل حرّ، فأقام البينة أنها داره باعها من هذا المكاتب بألف درهم، وأقام المكاتب البينة أنها داره باعها من هذه المرأة بألف درهم، وأقامت المرأة البينة أنها دارها باعتها من الحر التي في يده بألف، ولم يؤرخوا جميعا، تبطل البينات في هذه الحالة، وتترك الدار في يد ذي اليد"(٤).

---

(١) يتضح هذا من خلال استقراء نصوص الفقهاء في ذلك، وانظر: البجيرمي، **الحاشية**، ج٤ص٤٠٦. الأنصاري، **شرح البهجة**، ج٥ص٢٩٧. البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ ص٥٠٥.

(٢) يختلف حكم الفقهاء في المدعى به بعد الحكم بتساقط بينتي المتداعيين بحسب حاله: إن كان بيد ثالث، أو بيدهما، أو بغير يد أحد، أو كان مما يمكن اقتسامه، أو لا، انظر: حمزة، **الطريقة الواضحة**، ص٢٢٦. البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ ص٥٠٩. الشوكاني، **نيل الأوطار**، ج٨ص٣٤٦.

(٣) انظر: الرملي، **نهاية المحتاج**، ج٥ ص٢١٢. والفتاوى له، ج٢ص٢٣٨.

(٤) حمزة، **الطريقة الواضحة**، ص٢٢٦.

ثانيا – استحالة العمل ضرورةً:

قد تقضي الضرورة باستحالة العمل بالبينتين المتعارضتين، أو إحداهما:

مثال ما قضت الضرورة استحالة العمل بإحدى البينتين المتعارضتين: أن تقوم البينة على خلاف التواتر.

فقد اتفق جمهور أهل العلم على أن التواتر حجة تفيد العلم اليقيني، وهذا يستوجب ضرورة الحكم به(١)، كما يستوجب تهاتر كل بينة تقوم على خلافه(٢).

ومثال ما قضت الضرورة استحالة العمل بكلا البينتين المتعارضتين: أن تقوما على خلاف العلم اليقيني، أو على خلاف الواقع، أو نحو ذلك، مثل: أن تشهد إحداهما على زيد أنه قتل عليا، وتشهد أخرى أن عمرا هو الذي قتله، والواقع يشهد أن عليا لم يقتله أحد، ولم يصبه أحد بسوء، وإنما هو حي يرزق.

المطلب الثاني:

التهاتر بسبب عدم المشروعية

من ذلك عدم قبول المحل للاشتراك، كما لو برهنا على نكاح امرأة، حكم بتهاتر بينتاهما(٣).

وفي شرح البهجة: "لو ادعى اثنان نكاح امرأة تحت أحدهما، وأقام كل منهما حجة بما ادعاه لا تقدم حجة من المرأة تحته؛ لأن الحر لا يدخل تحت يد، بل تتعارضان وتسقطان، إلا أن تؤرخا بتاريخين مختلفين، فيقدم الأسبق تاريخا"(٤).

---

(١) انظر: البخاري، **كشف الأسرار**، ج٣ص١٥٨. التفتازاني، **التلويح شرح التوضيح**، ج٢ص٥. ابن المرتضى، **البحر الزخار**، ج١ص٧٦. ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ج٢ص٢٣١. حيدر، **درر الحكام**، ج٤ص٣٩١.

(٢) ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ج٢ص٢٣١. التفتازاني، **التلويح شرح التوضيح**، ج٢ص٥. الغزالي، **المستصفى**، ج١ص١٣٣.

(٣) انظر: ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج٧ص٢٣٥.

(٤) الأنصاري، **شرح البهجة**، ج٥ ص٢٣٨.

المبحث الثاني:

حالات اختلف الفقهاء في تهاتر طرق الإثبات عندها، وفيه مطلبان:

المطلب الأول - الاختلاف في توظيف التهاتر حال حدوث التعارض المستحكم الذي تعذر الخروج منه بوجه من الوجوه.

المطلب الثاني - تهاتر طرق الإثبات بسبب التهمة.

ثمة حالات كان تهاتر طرق الإثبات عندها محل خلاف بين الفقهاء، فذهب بعضهم إلى القول بالتهاتر، وذهب آخرون إلى عدمه، وبيان ذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول:

الاختلاف في توظيف التهاتر حال حدوث التعارض المستحكم الذي تعذر الخروج منه بوجه من الوجوه[١].

مما سبقت الإشارة إليه أن التهاتر عملا بين طرق الإثبات المتعارضة محل اتفاق بين الفقهاء في مرحلة من مراحل النظر في الدعوى القضائية، وهذه المرحلة يمكن وصفها بأنها التي يتعذر معها الخروج من التعارض القائم إلا بتساقط البينات.

ولكن ثمة خلاف بين الفقهاء في تقدير هذه المرحلة، يبرز ذلك في الفرعين الآتيتين:

الفرع الأول - إذا ادعى اثنان عينا بيد ثالث ينكرها وأقاما بينتين مطلقتي التاريخ، أو متفقتيه، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة، ففي هذه الحالة تتساقط البينتان في الصحيح عند الشافعية، والمعتمد عند الحنابلة[٢]؛ لتناقض موجبهما، فأشبه الدليلين إذا تعارضا ولا مرجح.

وقيل تستعملان قدر الإمكان، وقد سبق الحديث في ذلك[٣].

وانبنى على القول بالسقوط عند الشافعية:

ما لو ادعى أحدهما نصف العين، وادعى الآخر كلها، تعارضتا في النصف، فتسقط فيه البينتان، أما النصف الآخر فطريقان على هذا القول: أحدهما قال به الشيخ أبو حامد وصححه الشيخ أبو علي: أن الشهادة تبعض فيه فيسلم لمدعي الكل، وقيل: تبطل فيه الشهادة كذلك[٤].

وعلى قول الاستعمال - وهو مرجوح عندهم – لديهم تفصيل بيناه في مكانه[٥].

وعلى القول بالسقوط نرى أن الشافعية لا يقولون باستعمال البينات: قسمة، أو قرعة، أو توقفا.

---

(١) إذا تعارضت البينتان تعارضا مطبقا يتعذر معه التوفيق بوجه من وجوه التوفيق سقطتا، وعندها فإن لكل مذهب من المذاهب الفقهية – لاسيما الأربعة – موقفه الخاص من المدعى به، وقد فصلنا الحديث في ذلك في صفحات هذه الدراسة فانظرها.

(٢) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص١٧٨. البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٥٠١-٥٠٢.

(٣) انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٣٤. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨٠. الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٢ص١١٤. له، **شرح البهجة**، ج٣ص٤٧.

(٤) النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٣٧.

(٥) يراجع فصل الجمع والتوفيق من الدراسة.

وقد خالفوا بذلك جمهور الفقهاء: الحنفية[١]، والمالكية[٢]، ، والشافعية في قول[٣]، والحنابلة في رواية[٤]، وقال به الظاهرية[٥]، والزيدية[٦]، حيث يرى هؤلاء تأخير التهاتر عملا عن الاستعمال بوجه من وجوه الاستعمال: القسمة، أو القرعة، أو التوقف[٧].

استدل الجمهور بأدلة منها:

أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ في بعير فأقام كل واحد منهما بينة أنه له، فجعله النبي ﷺ بينهما[٨].

كما أنه لا يجوز إهدار البينات بغير ضرورة، فالبينة دليل من أدلة الشرع، والعمل بها واجب قدر الإمكان[٩].

ولا يخفى رجحان قول الجمهور؛ لقوة دليله، وضعف أدلة مخالفيه، كما أن اعتبار البينتين عملا، أو استئناسا إذا كان العمل غير ممكنا ضرورة تدعو الحاجة إليه، وما دام ذلك ممكنا فلا حاجة إلى إهدارهما.

الفرع الثاني - ذهب عيسى بن أبان من فقهاء الحنفية إلى أنه لو ادعى الخارج والداخل ملكا بسبب النتاج، وبيَّنا دون أن يوقتا بوقت تهاترت بينتاهما، ويترك المدعى في يد صاحب اليد قضاء ترك[١٠].

وقد خالف بذلك علماء مذهبه[١١]، كما خالف الجمهور بشكل عام، حيث يقضي الجميع في هذه الحالة لصاحب اليد قضاء استحقاق لا ترك[١٢].

---

(١) انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج١٧ ص٤١. الحسام الشهيد، **شرح أدب القاضي**، ص٣٦٠.
(٢) انظر: القرافي، **الذخيرة**، ج١١ ص٢٥. ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ ص٢٦٣.
(٣) انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج١٠ص١٣٤. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤ص٤٨٠. الأنصاري، **أسنى المطالب**، ج٢ص١١٤. له، **شرح البهجة**، ج٣ص٤٧.
(٤) نظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص ١٧٨. البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ص٥٠١.
(٥) انظر: ابن حزم، **المحلى**، ج٨ص٥٣٧.
(٦) انظر: الشوكاني، **السيل الجرار**، ج٤ ص٢٠٧.
(٧) مر في فصل الجمع والتوفيق أن الفقهاء مختلفون في بعض أوجه الاستعمال، فالحنفية لا يقولون بالقرعة مثلا، والعز بن عبد السلام لا يقول بالقرعة ولا بالقسمة وهكذا، والكن الجميع متفق على عدم تساقط البينات قبل العمل بواحدة منها، أو أكثر، للمزيد يراجع فصل الجمع والتوفيق من هذه الدراسة.
(٨) الحديث سبق تخريجه، وقد جاء بروايات عدة، بعض هذه الروايات جاءت بسند مقبول، وغالبها ضعفه العلماء.
(٩) انظر: البابرتي، **العناية**، ج٨ص٢٤٦.
(١٠) انظر: الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٣٥٧.
(١١) انظر: الكاساني، **البدائع**، ج٦ ص٣٥٧.
(١٢) يراجع ص ١٦٩ من الرسالة.

المطلب الثاني - تهاتر طرق الإثبات بسبب التهمة:

ثمة بينات حكم العلماء بسقوطها وعدم قبولها لوجود تهمة وريبة فيها حملت على إسقاطها، هي:

أولا - التهمة الناشئة بسبب القرابة، سواء في ذلك قرابة النسب، أو المصاهرة[١].

فقد ذهب الفقهاء إلى قبول شهادة الأقارب من النسب سوى قرابة الأبوة، والبنوة (والذي عُبِّر عنه: بعمودي النسب). وكذا القرابة بسبب المصاهرة، فتقبل شهادة الأصهار بعضهم لبعض سوى الزوجين؛ لما في شهادة هؤلاء بعضهم لبعض من تهمة وريبة، ولما جبلوا عليه من الميل والمحبة[٢].

أما بالنسبة للأبوة والبنوة فقد جاء في الأثر عن النبي ﷺ قال: "فاطمة بضعة مني يريبني ما رابها"[٣].

وقال ﷺ: "أنت ومالك لأبيك"[٤].

وقال ﷺ: "الولد مبخلة مجبنة محزنة"[٥].

---

(١) المصاهرة: من صَهَرَ الشيء إليه: قربه وأدناه، ومنه أصْهَرَ إليه: دناه منه، وأصهر إلى القوم وبهم: تزوج منهم. انظر: أنيس، **الوسيط**، ج١ ص٥٢٦. وقد اختلف الفقهاء واللغويون في تحديد الأصهار، فقيل: هم كل ذي رحم محرم من زوجته. وقيل: الصهر ما يحل لك نكاحه من القرابة وغير القرابة. وقيل: الصهر الذي يحرم من النسب...وهكذا. انظر: الجرجاني، **التعريفات**، (ط١). بيروت: طبعة دار الكتاب العربي، ص١٧٧. القرطبي، **التفسير الكبير**، ج١٣ ص٦٠. الجصاص، **أحكام القرآن**، بيروت، طبعة دار إحياء التراث العربي، ج٥ ص٢١٢. واللواتي ثبتت حرمتهن بسبب المصاهرة هن أربع، زوجة الأب، وزوجة الابن، وأم الزوجة، وبنت الزوجة. انظر: ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢ص٣٢-٣٣.

(٢) ابن الهمام، **فتح القدير**، ج٧ ص٤٠٣ وما بعدها. الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٤ ص٢١٩-٢٢٠. الكاساني، **البدائع**،ج٦ص٤١٣. الحطاب، **مواهب الجليل**، ج٨ص١٦٧. الخرشي، **الحاشية**، ج٤ص١٧٩. الرملي، **نهاية المحتاج**، ج٨ص٣٠٣. البكري، **إعانة الطالبين**، ج٤ص٢٨٧. الشرواني وابن القاسم العبادي، **الحاشية**، ج١٠ص٢٣٠. الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ص١٦٥. ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص٦٥. البهوتي، **منتهى الإرادات**، ج٣ص٥٩٥. المرداوي، **الإنصاف**، ج١٢ص٦٦.

(٣) البخاري، **الصحيح**، باب مناقب فاطمة، ج٣ص١٣٧٤، رقم (٣٥٥٦). مسلم، **الصحيح**، كتاب الفضائل، باب فضائل فاطمة، ج٤ص١٩٠٢، برقم (٢٤٤٩). البيهقي، **السنن الكبرى**، ج١٠ص٢٠١.

(٤) أبو داود، **السنن**، ج٣ص٢٨٧، البيوع، باب في الرجل يأكل من مال ولده، رقم (٣٥٣٠). ابن أبي شيبة، **المصنف**، رواه بعدة طرق، ج٤ ص٥١٦ و٥٣١. البيهقي، **السنن الكبرى**، ج٧ص٤٨٠-٤٨١، وقال: "منقطع، وقد روي موصولا من وجه آخر ولا يثبت مثلها". أحمد، **المسند**، ج٢ص٢٠٤، رقم (٦٩٠٢). البزار، أبو بكر أحمد بن عمرو، (١٤٠٩). **المسند**. (ط١). بيروت: مؤسسة الرسالة، ومكتبة العلوم والحكم، ج١ص٤٢٠. والحديث صحيح، انظر: الألباني، **إرواء الغليل**، ج٣ ص٣٢٣، كتاب الزكاة، باب صدقة الفطر، رقم (٨٣٨) .

(٥) ابن ماجة، **السنن**، باب بر الوالدين والإحسان للبنات، ج٢ ص١٢٠٩، برقم (٣٦٦٦). البيهقي، **السنن الكبرى**، ج١٠ ص٢٠٢. الهيثمي، **مجمع الزوائد**، باب ما جاء في الأولاد، جاء بعدة روايات، ضعف بعضها وصحح البعض الآخر، كرواية الأسود بن خلف وغيرها. الكناني، أحمد بن إسماعيل، (١٤٠٣هـ). **مصباح الزجاجة**. (ط٢). تحقيق محمد الكنشاوي، بيروت: الدار العربية، باب بر الوالدين والإحسان للبنات، قال: "إسناده صحيح"، ج٤ ص٩٩.

فهذه النصوص - وكذلك غيرها مما لم يتقدم ذكره - جاءت مبينة أن الوالدية مظنة التهمة، فإذا شهد الوالد لولده، أو الولد لوالده فإنما يشهد لبعضه، الأمر الذي يكون سببا في رد شهادتهم[١].

وأما الزوجية فكانت سببا في إسقاط شهادة أحد الزوجين لصاحبه؛ لما ينبني عليها من نفع للشاهد منهما، لأن كل واحد من الزوجين يعد غنيا بمال صاحبه، وربما كان الاتصال بينهما في المنافع والتباسط فيها أكثر مما بين الآباء والأولاد، لذلك قال الله تعالى مخاطبا نبيه ﷺ: ﴿وَوَجَدَكَ عَائِلًا فَأَغْنَىٰ﴾[٢]، أي أغناك بمال خديجة[٣].

ولم يسلم هذا القول من معارض، فقد ذهب الإمام أحمد في رواية اختارها ابن القيم[٤]، وأهل الظاهر[٥] إلى أن شهادة الأصول والفروع بعضهم لبعض مقبولة، فتقبل شهادة الأب لابنه وإن نزل، وتقبل شهادة الابن لأبيه وإن علا. وهو مروي عن عدد من الصحابة، والتابعين[٦].

كما ذهب فقهاء الشافعية إلى قبول شهادة أحد الزوجين لصاحبه[٧]، وهو كذلك مذهب أهل الظاهر[٨].

---

(١) من هذه الآثار قوله (ﷺ) : "لا تقبل شهادة الولد لوالده، ولا الوالد لولده، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته، ولا العبد لسيده، ولا المولى لعبده، ولا الأجير لمستأجره". رواه ابن أبي شيبة، **المصنف**، ج٤ ص٥٣١، رقم (٢٢٨٦٠). وعبدالرزاق في **مصنفه**، كتاب الشهادات، موقوفا على شريح. ج٨ ص٣٤٤. ومن ذلك قوله (ﷺ): "لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا ذي غمر على أخيه، ولا ظنين في قرابة ولا ولاء". الترمذي، **السنن**، أبواب الشهادات، ص٥٢٧، برقم (٢٢٩٨)، وقال: "حديث غريب، لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي، ويزيد يضعف في الحديث". أحمد، **المسند**، ج٢ ص٢٠٤، ، برقم (٦٨٩٩). الجرجاني، **الكامل في ضعفاء الرجال**، قال: "حديث ضعيف"، ج٤ ص١٤٤٨. عبد الرزاق، **المصنف**، كتاب الشهادات، ج٨ ص٣١٩، رقم (١٥٣٦٢). ابن الملقن، **خلاصة البدر المنير**، قال: ضعيف، ج٢ص٤٤٤، رقم (٢٩٢٢). البيهقي، **السنن الكبرى**، باب لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة، ولا ذي غمر على أخيه...، ج١٠ ص٢٠٢، وضعفه، قال: "وأصح ما روي في هذا الباب وإن كان مرسلا، قال رسول الله ﷺ: "لا تجوز شهادة ذي الظنة والحنة" وروي من وجه آخر مرسلا، في الخصم والظنين. وبهذا اللفظ رواه الشوكاني، **في نيل الأوطار**، ج٩ ص٢٠٣، مرسلا كذلك. والحديث الذي نحن بصدده ذكر الألباني أصح الروايات له في صحيح سنن ابن ماجة وهي بلفظ "لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا محدود في الإسلام، ولا ذي غمر على أخيه" انظر: الألباني، محمد ناصر الدين، (١٤٠٨-١٩٨٨). **صحيح سنن ابن ماجة**. (ط٢). بيروت: المكتب الإسلامي، ج٢ ص٤٤، باب من لا تجوز شهادته، رقم (٢٣٦٦) ، قال: "حسن".

(٢) سورة الضحى آية ٨.

(٣) نظر: الكاساني، **البدائع**، ج٦ص٤٢١. ابن الهمام، **فتح القدير**، ج٧ص٤٠٦. ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ ص٦٩.

(٤) ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ ص٦٦. ابن القيم، **إعلام الموقعين**، ج١ ص٨٨.

(٥) ابن حزم، المحلى: ج٨ص٥٠٥.

(٦) ابن حزم، **المحلى**، ج٨ ص٥٠٥. ابن القيم، **إعلام الموقعين**، ج١ ص٨٨. المطيعي، **تكملة المجموع**، ج٢٣ ص٩٩.

(٧) انظر: الرملي، **نهاية المحتاج**، ج٨ ص٣٠٤. البكري، **إعانة الطالبين**، ج٤ص٢٨٨.

(٨) انظر: ابن حزم، **المحلى**، ج٨ ص٥٠٥.

ثانيا - التهمة الناشئة من غير القريب: كشهادة الشريك، والأجير الخاص، والدائن، والوكيل ونحو هؤلاء:

فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى رد شهادة هؤلاء بعضهم لبعض، فترد شهادة الشريك لشريكه فيما هو مشترك بينهما، وترد كذلك شهادة الأجير الخاص لمستأجره وهلم جرا[١].

وخالف في ذلك فقهاء الظاهرية فقالوا بقبول شهادة هؤلاء[٢].

ولا يخفى أن تهاتر شهادة القريب نسبا، أو مصاهرة، وكذلك كل من جر نفعا بشهادته إلى نفسه في حدود من مر ذكرهم: كعمودي النسب، والزوجين، والشريك، والأجير الخاص وكل من تكون شهادته مثار تهمة وريبة لما قد يلحق الشاهد من نفع بسببها أرجح من القول قبولها، إلا أن تقوم القرائن على صدق هذه الشهادة، فلا أرى غضاضة في قبولها.

وقد ذهب القانون المدني وكذلك قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردنيين إلى عدم قبول كل شهادة تضمنت جر مغنم للشاهد، أو دفع مغرم عنه، فلا تقبل شهادة الأصول للفروع، ولا الفروع للأصول، ولا شهادة أحد الزوجين للآخر، كما لا تقبل شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما، ولا شهادة الوصي، ولا الوكيل وهكذا[٣].

ثالثا - التهمة بسبب العداوة والخصومة، فشهادة الخصم على خصمه والعدو على عدوه تؤول إلى التهاتر في قول أكثر أهل العلم، والمقصود هو العداوة الدنيوية، أما العداوة في الدين فلا تسقط معها الشهادة[٤].

والأصل في هذا حديث: " لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه"[٥].

---

(١) انظر: ابن الهمام، **فتح القدير**، ج٧ص٤٠٧. ابن عابدين، **الحاشية**، ج٧ ص١٣٥. مالك، **المدونة**، ج٤ص١٨. ابن فرحون، **التبصرة**، ج١ص١٩٠. الشربيني، مغني المحتاج، ج٤ ص٤٣٣. الشيرازي، **المهذب**، ج٢ص٤٦٠. ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ص٥٦. البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ ص٥٤٣.

(٢) انظر: ابن حزم، **المحلى**، ج٨ ص٥١١.

(٣) انظر: العبودي، **شرح أحكام قانون البينات**، ص١٤٧. وله **شرح أحكام قانون الإثبات**، ص٢٣٨. وقانون **أصول المحاكمات الجزائية الأردني** لسنة ١٩٦١. المادة (٦٧).

(٤) انظر: ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ ص٥٦-٥٧. ابن عابدين، **الحاشية**، ج٧ ص١٤٣. الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ ص١٦٩. الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ ص١٦١.

(٥) الغمر: العداوة، انظر الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ ص١٦١. والحديث سبق تخريجه.

رابعا - التهمة بسبب: الصغر[١]، والقذف ما لم يتب القاذف[٢] ونحو هؤلاء، فقد كانت شهادتهم موطن ريبة وشك، لذا قال العلماء بإهدارها، وتساقطها.

أما بالنسبة لشهادة الصغير في القانون: فقد اشترط قانون الإثبات الأردني لقبول شهادة الشاهد أن يتم الخامسة عشر من عمره، وإذا لم يكن قد أتم هذا العمر فلا تسمع المحكمة شهادته إلا على سبيل الاستئناس[٣].

نظرة القانون إلى تهاتر طرق الإثبات بشكل عام:

لم يكن مبدأ تهاتر البينات المتعارضة مستبعدا في القانون الوضعي، بل قائم ومعمول به، ففي قانون البينات الأردني في المادة (١٧) منه: "إذا تباينت القيود بين دفاتر منظمة لتاجرين تهاترت البينتان المتعارضتان".

وهذا المبدأ؛ أرى أنه ينسحب على كل حالة من حالات التعارض الذي تعذر معه الترجيح.

ولكنه غير خاف أن نظرة القانون إلى البينات قوة وضعفا – فقد حدد لكل طريق من طرق الإثبات القوة الإثباتية التي يتمتع بها – قلل من إمكانية حدوث تعارض مطبق يتعذر معه الترجيح.

كما قلل من إمكانية حدوث ذلك أيضا تلك المساحة الواسعة التي منحها القانون للقاضي تجاه البينات قبولا وردا، حيث يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة - إن لم نقل مطلقة في أغلب الأحيان - في النظر في البينات قبولا وردا.

---

(١) شهادة الصبيان غير مقبولة؛ لأن من شروط الشهادة البلوغ، انظر: الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٤ ص٢٠٩. الصاوي، **بلغة السالك**، ج٢ ص٣٤٨. البكري، **إعانة الطالبين**، ج٤ ص٢٧٧. ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ ص٢٨. وقد وقع الخلاف حول شهادة الصبيان في بعض الحالات مثل الجراح والقتل التي تحدث بينهم ولا يشهدها الكبار، فقال بجواز ذلك مالك ضمن شروط وقيود محددة. يراجع: مالك، **المدونة**، ج٤ ص١٩. الدسوقي، **الحاشية**، ج٤ ص١٦٥. ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢ ص٤٦٣.

(٢) اتفق الفقهاء على أن القاذف إذا حد من القذف لم تقبل شهادته ما لم يتب، واختلفوا في شهادته بعد التوبة، فقبلها الجمهور، وردها الحنفية. انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج١ ص٩٥. ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢ ص٤٦٢. الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٧ ص٢١٢. البجيرمي، **الحاشية**، ج٥ ص٣٨٨. ابن قدامة، **المغني**، ج١٢ ص٧٤. البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦ ص٥٣٩. وللحنفية: ابن الهمام، **فتح القدير**، ج٧ ص٤٠٠. الموصلي، **الاختيار**، ج٢ ص١٧٦.

(٣) انظر: العبودي، **شرح أحكام قانون الإثبات**، ص٢٣٥.

الخاتمة

يعد موضوع القضاء بشكل عام، وطرق الإثبات بشكل خاص من الموضوعات الحيوية والمتجددة في حياة الأمم والشعوب، فهي دوما بحاجة إلى من يقوم عليها دراسة وفهما، توضيحا وتجديدا، حتى تبقى منسجمة مع الحياة واقعا ومتطلبات، فلا تحكم بأعراف وعادات بعيدة غريبة، لاسيما وأن المتغيرات في العمل القضائي فوق الثوابت كما وكيفا، بل إن ما يمكن أن يعد من الثوابت لا يعدو كونه خطوطا عريضة ترسم واقعا قضائيا ليس إلا، والكثرة الكثيرة هي من المتغيرات التي تضرب في كل اتجاه سعيا وراء تحقيق العدالة المنشودة التي بدورها تمثل الثابت الأول في العمل القضائي.

وقد رأينا من خلال هذه الدراسة أن النصوص القرآنية والنبوية الحاكمة في موضوع القضاء قليلة، وتأخذ في غالبها صفة العموم الذي يقوم معه التأويل، كل ذلك يفتح الباب رحبا أمام طلاب الحقيقة: قضاة، وحكاما من أجل تحقيق العدالة، فلا يتعذر أحد بقانون حاكم ولا بمبدأ جامد يصرفه عن غايته المشودة، التي بضياعها يفقد القضاء قيمته، ودوره الصحيح في النهوض بالمجتمعات توجيها وبناءً.

وقد خرجت هذه الدراسة بالنتائج والتوصيات التالية:

- لم تغلق الشريعة الإسلامية الباب أمام الإثبات وما يستجد منه لتحصره في طرق محددة لا يمكن تجاوزها، وإنما تدور مع الحق حيثما دار وتنتهي إليه حيثما انتهى، فإذا كان الثبات على عدد محدد من طرق الإثبات ضياعا لهذا الحق لم يكن لهذا الثبات اعتبار ولا قيمة، بل يصبح تغييره واجبا، والبحث عن سواه ضرورة.
- وبناء على النتيجة السابقة لم يجمد الفقه حديثا على ما أثر عن علمائنا، وسلفنا الصالح في هذا الجانب، إذا تقاصر عن تحقيق الغاية المنشودة التي سعت الشريعة إليها رعاية وصونا.
- وضع العلماء للخروج من التعارض القائم بين طرق الإثبات ثلاث قواعد مهمة: الجمع والتوفيق، والترجيح، والتهاتر. حوت كل واحدة من هذه القواعد مجموعة من الفروع والقواعد الصغيرة التي بدورها تشكل منفذا وخلاصا من حالة التعارض القائمة.

وقد كان الفقه في ذلك أطول باعا وأرسخ قدما من القانون، بل إن القانون أغفل بعضا من جوانب هذه المشكلة، فلم يضع لها حلولا، وإنما كانت معالجته مقصورة على بعض الصور والمواضع التي نشأت عند التطبيق.

والسبب أن القانون اعتمد طرقا للإثبات محددة أو مطلقة لكنه لم يمنحها القوة الإثباتية المطلقة في كثير منها، بل جعل للقاضي سلطة مطلقة في تقديرها، أو كثير منها، لاسيما الشهادة التي كانت عنوان الإثبات فقها، وما زالت تشغل حيزا مهما لديه.

- عندما تتعارض طريقان من طرق الإثبات فإن الجمع والتوفيق بينهما من كل وجه هو الملاذ الأول الذي يسار إليه صونا للبينات من الضياع، والهدر، فالعمل بالدليلين واجب حال كون ذلك ممكنا، فلا يصار إلى غيره من أوجه الترجيح مع إمكانه.

- القسمة سبيل من سبل الترجيح بين البينات المعارضة، لكنها سبيل يخرجنا من حالة التعارض القائم ولا يوقفنا على حقيقة الأمر ولو ظاهرا، لذلك وجدنا من الفقهاء من يرفض العمل بها، ومثل هذا يقال في القرعة، فهي قد تعطي الحق لغير مستحقه.

- قد تكون القسمة جمعا بين الأدلة المتعارضة، وعملا بها كما هو عند الحنفية، والشافعية في قول، وإما أن تكون مرحلة مستقلة بعد تعذر سبل التوفيق الأخرى من جمع وترجيح كما هو عند المالكية والحنابلة، وإما أن تكون مرحلة مستقلة بعد الحكم بسقوط البينات المتعارضة.

- لم تكن القرعة لتكون حَكَمًا حال تعارض طرق الإثبات، لأنها قد تعطي الحق لغير مستحقه، وإنما مجالها فيما كانت فيه تطييبا للنفوس.

- يعد التوقف في العمل بالبينات المتعارضة بما لا يضر بالموقوف خيار حسن ومقبول، ولكن ليس للأبد؛ لأن التوقف إذا طال أضر بالموقوف، وبالخصوم، وأدى إلى إلغاء قاعدة التهاتر التي كانت محل اتفاق، وإنما التوقف الذي يرجى معه الخلاص، بترجيح أو جمع، حتى لو طال زمانه إذا لم يحدث إضرارا.

- لا تعد طرق الإثبات جميعها في درجة واحدة من جهة القوة والضعف، بل هي على قسمين: قسم يفيد علما يقينيا، وآخر يفيد ظنا راجحا، وما أفاد العلم اليقيني مقدم على ما أفاد الظن منها.

- البعد عن التهمة والميل والمحاباة - التي قد تلسق بالقضاة والمحاكم - السبب وراء منع قضاء القاضي بعلمة، رغم ما يفيده علمه بالأمر من يقين.

- لم تعد الشهادة تتمتع بما كانت تتمتع به من إثبات وحجية، فبعد أن احتلت المكان الأول من بين وسائل الإثبات، وكانت عنوان الإثبات قديما، فقد تراجعت تراجعا كبيرا في زماننا هذا، لتصبح طريقا إستثنائيا في الإثبات عند القانونيين، وإن كانت أفضل حالا عند الشرعيين، لكن الشبهات التي تقوم حولها تضعفها بلا ريب، فيحتاج القاضي إلى التروي كثيرا قبل أن يحكم بشهادة الشهود، حتى مع اكتمال نصابهم إن كانوا شهود حد أو قصاص.

- وهذا التراجع الذي طرأ على الاحتجاج بالشهادة سببه ضعف الوازع الديني لدى الناس - بشكل عام - إضافة إلى التحولات الكبيرة التي طرأت على طرق الإثبات الأخرى، فجعلت بعضها بديلا مقبولا يغني صاحب الحق عن التوثيق شهادة في أغلب الأحيان.

- لم يجد القانون بدا من الاعتداد بالشهادة في مواطن مهمة وحرجة كالجنايات مثلا، وهذا ينبئ عن الحاجة الملحة للعمل بالشهادة، وأنها تشكل درجة في سلم الإثبات يصعب تجاوزها، فكان التقليل منها ومن قيمتها الإثباتية قانونا مبالغا فيه، فهي تتمتع بمكانتها الإثباتية العالية من حيث وفرتها، أما من حيث الاحتجاج بها في لا تعدو كونها حجة تفيد غالب الظن، لا القطع.

- شهدت الكتابة ارتقاء بارزا في سلم الإثبات في الوقت الحاضر؛ حجية، وانتشارا، فحظيت برعاية واهتمام الفقه والقانون، واتسمت في بعض صورها وأشكالها بصفة القطع واليقين في إفادة العلم.

- وما قيل في الكتابة يقال في القرائن، فقد ساعد العلم الحديث في أن تبلغ شأوا رفيعا، ومكانا عاليا في بعض الأحيان، خاصة منها التي بلغت حد القطع واليقين ودل العلم والظروف على صدقها.

- كما أنها أصبحت تمثل ركيزة أساسية في يوميات العمل القضائي، والقضاء في عصرنا الحاضر يعتمدها في أغلب تحقيقاته، خاصة ما يكون منها في الجرائم، والجنايات، فقد ساعد العلم الحديث في إيجاد وخلق قرائن يصعب حصرها، إضافة إلى أنه بين القيمة الإثباتية التي تتمتع بها كل قرينة من القرائن.

- ثمة اختلاف بين الشريعة والقانون في الحكم باليمين، ففي الوقت الذي كان القضاء المبني على اليمين قضاء ترك في الفقه الإسلامي نجد القانون قد منح ذلك القضاء الصفة الإلزامية والحجية المطلقة، فلا يمكن إبطاله بشكل من الأشكال، وكان

هذا مثلبا كبيرا في القانون الذي تأثر في ذلك بعادات وتقاليد بعيـدة وغريبـة عـن مجتمعنا.

- منح الفقهُ القضاءَ المبني على النكول حجية فوق تلـك التـي منحهـا للقـضاء باليمين، فهو كالإقرار عند البعض، وكالبينة عند آخرين، وهكذا فإنـه فـي أضـعف صوره كان فوق اليمين التي يحلفها المدعى عليه عند عجز المدعي عن الإثبات.
- درس الفقه البينة من كامل جوانبها وأطرافها قبل الحكم عليها، فلم يفصلها عـن الظروف والوقائع المحتفة بها، فنظر إلى اليد وقوتها في الترجيح، وكذلك التـاريخ، والسبب، والزيادة، والنقصان وكل ما له اعتبار وتأثير في البينة قوة وضـعفا، ممـا أنتج حكما متصفا بالتوازن والحكمة، بعيدا عن الجور والظلم.
- بدت بصمات العصر الذي وضع فيه الفقه واضحة في هذه الدراسة، ولاسيما في فصل المرجحات، فهي – أي المرجحات – تنطبق في غالبها على الشهادة أكثر مـن غيرها، لما تتمتع به – أي الشهادة – من مكانة وحجية بسبب وفرتها، والوثوق بهـا أكثر من غيرها في ذاك العصر.
- يجيء التهاتر للبينات المتعارضة إذا أعيا القاضي التوفيق بوجه مـن الوجـوه المنصوص عليها فقها وقانونا، فهو بدون شك آخر ما يعمل بـه ويـسار إليـه، لأن العمل بالبينات واجب، فلا يعدل عنه إلا عند التعارض المطبق الـذي يتعـذر معـه الترجيح.
- وفي الختام؛ إن لكل مذهب قواعده ومبادئه في الترجيح بـين طـرق الإثبـات المتعارضة، ولكل مذهب كذلك نظرته المتكاملة في حل رموز التعارض، هذه النظرة المتكاملة لا يستطيع الدارس أن يتوصل إليها فهما وعلما إلا بعد اسـتكمال الدراسـة حولها بشكل كامل، وخلاف ذلك تبقى مشوشة ومضطربة وغير واضحة المعالم فـي ذهنه.

ترجمة الأعلام

- أشهب: أبو عمرو أشهب بن عبد العزيز، تفقه بمالك وبالمدنيين وبالمصرين، ولد سنة ١٥٠هـ ومات بمصر سنة أربع ومائتين. قال الشافعي: "ما رأيت أفقه من أشهب لولا طيش فيه"، وكانت المنافسة بينه وبين ابن القسم وانتهت الرياسة إليه بمصر بعد ابن القاسم. انظر: الشيرازي، أبو إسحاق. **طبقات الفقهاء**. تحقيق خليل الميس، بيروت: دار القلم، ج١ ص١٥٥.
- أصبغ: قاسم بن أصبغ، رحل إلى العراق ثم رجع إلى الأندلس، ومن دون هذه الطبقة أبو سلمة فضل بن سلمة وله مختصر حسن دخل في عمره القيروان وممن انتهى إليه هذا الأمر من المالكيه بالأندلس. انظر: الشيرازي، **طبقات الفقهاء**، ج١ ص١٦٦.
- البغوي: هو أبو محمد الحسين بن مسعود، المعروف بابن الفراء تارة وبالفراء أخرى، الملقب بمحي السنة، الإمام في التفسير والحديث والفقه، كان دينا ورعا قانعا باليسير يأكل الخبز وحده وكان لا يلقي الدرس إلا على الطهارة توفي سنة ٥١٦هـ. قال ابن خلكان: البغوي منسوب إلى بغا - بفتح الباء - وهي قرية بخراسان بين هراء ومرو وقال غيره منسوب إلى بغثور من مدن خراسان نسبوه إليها قياس وكل من هو منها يقال له بغوي. انظر: الشيرازي، **طبقات الفقهاء**، ج١ ص٢٥٢. ابن قاضي شهبة. أبو بكر، (١٤٠٧هـ). **طبقات الشافعية**. (ط١). تحقيق الحافظ عبد الحليم خان، بيروت: عالم الكتب،ج٢ص٢٨١.
- البلقيني: هو رسلان بن أبي بكر بن رسلان بن نصير بن صالح الإمام العلم أبو الفتح البلقيني، ولد سنة ٧٥٦هـ ومات سنة ٨٠٣هـ. انظر: ابن قاضي شهبة، **طبقات الشافعية**، ج٤ص٢٣-٢٤.
- البويطي: يوسف بن يحيى القرشي أبو يعقوب البويطي المصري الفقيه أحد الأعلام، من أصحاب الشافعي، كان له من الشافعي منزلة، وخلفه في حلقته بعده، قال الشافعي: ليس أحد أحق بمجلسي من أبي يعقوب وليس أحد من أصحابي أعلم منه. وقال النووي: "إن أبا يعقوب البويطي أجل من المزني والربيع المرادي"، كان صواما قواما، يداوم على قراءة القرآن، مات ببغداد في السجن في المحنة سنة ٢٣١هـ. انظر: ابن قاضي شهبة، **طبقات الشافعية**، ج٢ ص٧٠-٧١-٧٢.
- أبو ثور: هو إبراهيم بن خالد الكلبي البغدادي، الفقيه، أحد الأعلام، تفقه بالشافعي، سمع من ابن عيينة وغيره، لم يقلد أحدا، توفي سنة ٢٤٠هـ. انظر: ابن العماد، شهاب الدين

الحنبلي، (١٤٠٦-١٩٨٦). **شذرات الذهب.** (ط١). تحقيق محمـود الأرنـؤوط، دمـشق - بيروت: دار ابن كثير، ج٣ص١٨٠- ١٨١. البغدادي، أحمد بن علي الخطيب. **تاريخ بغداد.** بيروت: دار الكتب العلمية، ج٦ص٦٥- ٦٩. الزركلي، خير الـدين، (١٩٩٠م). **الأعـلام.** (ط٩). بيروت، ج١ ص٣٧.

- ابن حجر: هو أبو الفضل، أحمد بن علي بن محمد الكناني العسقلاني، ولد بالقاهرة سـنة ٧٣٣هـ، أصله من فلسطين، من عسقلان، من أئمة العلم والتاريخ، قصده الناس للأخذ عنه، ولي القضاء بمصر عدة مرات ثم اعتزل، له عدة مصنفات، انتشرت في حياتـه، وتهادتهـا الملوك، منها: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثانية، ولسان الميزان، وغيرها، توفي بالقاهرة، سنة ٨٥٢هـ. انظر: ابن العماد، **شذرات الذهب**، ج٩ ص٣٩٥- ٣٩٩. السخاوي، **الـضوء اللامع لأهل القرن التاسع.** بيروت: دار الحياة، ج٢ ص٣٦. الشوكاني، محمد بن علي. **البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن الـسابع.** بيـروت: دار المعرفـة، ج١ص٨٧. الزركلـي، **الأعلام**، ج١ ص١٧٨.

- أبو الخطاب، محفوظ بن أحمد بن حسن بن العراقي الكلوذاني، الشيخ الإمـام العلامـة الورع شيخ الحنابلة، تلميذ القاضي أبي يعلى بن الفراء، أثنى عليه العلماء، ولد سنة ٤٣٢هـ ومات سنة ٥١٠هـ. الفراء، محمد بن أبي يعلى. **طبقات الحنابلة.** تحقيق محمد حامد الفقـي، بيروت: دار المعرفة. ج٢ ص٢٥٨. الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج١٩ ص٣٤٨.

- الزهري: هو أبو بكر، محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهري المدني، ولد سـنة ٥٨هـ، أحد الفقهاء السبعة، وأحد الأعلام المشهورين، أول من دون الحـديث، تـوفي سـنة ١٢٤هـ. انظر: ابن العماد، **شذرات الذهب**، ج٢ ص٩٩-١٠١. ابن حجر، أحمد بن علـي العسقلاني. **تهذيب التهذيب.** بيروت: دار صادر، ج٩ ص٤٤٥- ٤٥١.

- سحنون: أبو سعيد عبد السلام ابن سعد التنوخي، وسحنون لقب، تفقه بابن القاسم وابـن وهب وأشهب، انتهت الرياسة إليه في العلم بالمغرب، وولي القضاء بالقيروان، وعلى قولـه المعول في المغرب، صنف المدونة، وعنه انتشر علم مالـك فـي المغـرب، ومـات سـنة ٢٤٠هـ. انظر: الشيرازي، **طبقات الفقهاء**، ج١ ص١٦٠.

- ابن سريج: أحمد بن عمر بن سريج القاضي أبو العباس البغدادي، من عظماء الشافعية، وحامل لوائهم في زمانه، ولي قضاء شيراز، وكان يفضل على جميع أصحاب الشافعي حتى على المزني، توفي ببغداد سنة ٣٠٦هـ. انظر: ابن قاضي شـهبة، **طبقـات الـشافعية**، ج٢ ص٩٠. السيوطي، **طبقات الفقهاء**، ج١ص١١٨.

- ابن سيرين: هو أبو بكر محمد ابن سيرين الأنصاري البصري، مولى أنس بـن مالـك، ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر، كان عالماً فقيهاً ورعاً أديباً كثير ا لحديث صدوقاً شهد لـه أهل العلم والفضل بذلك، اشتهر بتفسير الرؤى، مات وهو ابن ٧٨سنة. انظر: الذهبي، شمس الدين. (١٤١٣هـ). **سير أعلام النبلاء**. (ط٩). تحقيق شعيب الأرناؤوط، ومحمد العرنوسي، بيروت: مؤسسة الرسالة، ج٤ ص٦١١.

- السيوطي: هو عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي الشافعي، صاحب المؤلفات الجامعـة، والمصنفات النافعة، ولد سنة:٨٤٩ هـ، فقيه توفي سنة: ٩١١ هـ. انظر: الغزالـي، نجـم الدين، (١٩٧٩م). **الكواكب السائرة بأعيان المائة العاشرة**. (ط٢). تحقيق جبرائيل جبـور، بيروت: دار الإتقان الجديدة، ج١ ص٢٢٦-٢٢٩.

- الشوكاني: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، ولد باليمن سـنة ١١٧٣هـ ونشأ في صنعاء، ولي القضاء فيها، فقيه، مجتهد، من كبار علماء اليمن، لـه مائـة وأربعـة عشر مصنفا، منها: نيل الأوطار، والبدر الطالع، إرشـاد الفحـول وغيرهـا، تـوفي سـنة ١٢٥٠هـ. انظر: الزركلي، **الأعلام**، ج٦ ص٢٩٨.

- ابن الصباغ: هو أبو نصر عبد السيد بن محمد البغدادي المعروف بابن الـصباغ، كـان أحد أجداده صباغا، برع في الفقه حتى رجحوه في المذهب على الشيخ أبي إسـحاق، تـوفي سنة ٤٧٧. انظر: الشيرازي، **طبقات الفقهاء** ج١ ص ٢٣٧. ابن قاضـي شـهبة، **طبقـات الشافعية**، ج٢ص٢٥١.

- ابن عابدين: هو محمد بن أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي الحنفي، ولد سنة ١١٩٨هـ، فقيه الديار الشامية، وإمام الحنفية في عصره، له عدة تصانيف، منهـا " رد المحتار على الدر المختار(الحاشية)" و " العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية" وغيرهـا، انظر: الزركلي، **الأعلام**، ج٦ ص٤٢.

- أبو عبيد: هو أبو عبيد، القاسم بن سلام البغدادي، الفقيه الأديـب، صـاحب المـصنفات الكثيرة في القرآن والفقه والشعر، سمع من عبد الله ابن المبارك، وسفيان بن عيينة، وأبي بكر بن عباس، وغيرهم، وأخذ عنه خلق كثير، ولي قضاء طرطوس، توفي سنة ٢٢٤هـ. انظر ترجمته في مقدمة كتاب الأموال له، (١٤٠٦-١٩٨٦). **الأموال**. (ط١). تحقيق محمد خليـل هـراس، بيـروت: دار الكتـب العلميـة، ص٥. ابـن العمـاد، **شـذرات الـذهب**، ج٣ ص١١١-١١٢.

- عطاء هو أبو محمد عطاء بن أبي رباح (أسلم) القرشي الفهري المكي، مولى آل أبـــي خثيم، كان ثقة فقيها عالما كثير الحديث، انتهت إليه فتوى مكة، قال عنه أبو حنيفة: ما رأيـــت أفضل من عطاء، توفي سنة ١١٤، وقيل سنة ١١٥. انظر: البخاري، محمد بـــن إســـماعيل. **التاريخ الكبير**. دار الفكر، ج٦ص٤٦٣. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر. **طبقات الحفاظ**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، ج١ص٤٦.

- ابن الفرس: الشيخ الإمام شيخ المالكية بغرناطة في زمانه أبو محمد بن الفـــرس واســـمه عبد المنعم ابن الإمام محمد بن عبد الرحيم بن أحمد الأنصاري الخزرجي، تتلمذ علـــى عـــدد من علماء المالكية، برع في الفقه والأصول وشارك في الفضائل، توفي سنة ٥٩٧هـــ. انظر: الذهبي، **سير أعلام النبلاء**، ج٢١ ص٣٦٤- ٣٦٥.

- الفوراني: عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن محمد بن فوران - بضم الفاء - أبو القاسم المروزي، أحد الأعيان من أصحاب القفال، توفي سنة ٤٦١ عن ٧٣ عاما. انظـــر: قاضـــي شهبة، **طبقات الشافعية**، ج٢ ص٢٤٨- ٢٤٩.

- ابن القاسم: عبد الرحمن بن القاسم العتقي، جمع بين الزهد والعلم وتفقه بمالك ونظرائـــه وصحب مالكا عشرين سنة وعاش بعده اثنتي عشر سنة، ولد سنة ١٣٢هــ وتـــوفي بمـــصر ١٩١. انظر: الشيرازي، **طبقات الفقهاء**، ج١ ص.١٥٥.

- الكاساني: هو علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفـــي، فقيـــه، أصـــولي، لـــه مؤلفات، أشهرها كتاب (البدائع) توفي بحلب سنة ٥٨٧هـــ. انظر: محيي الـــدين القرشـــي، عبد القادر القرشي الحنفي، (١٤١٣-١٩٩٣). **الجواهر المضيئة**. (ط٢). تحقيق عبد الفتـــاح محمد الحلو، مصر: دار الهجرة، ج٤ ص٢٥-٢٨.

- ابن كنانة: المحدث أبو عمر أحمد بن عبدالله بن عبد الرحيم بن كنانة اللخمي القرطبـــي، كان ثقة ضابطا، أثنى عليه العلماء، توفي سنة ٣٨٣هـــ. انظر: الذهبي، **سير أعلام النـــبلاء**، ج١٦ص٤٢٥.

- ابن أبي ليلى، محمد بن عبدالرحمن الكوفي، ولد سنة ٧٤هـــ، قاض فقيه، من أصـــحاب الرأي، مات سنة ١٤٨هـــ. انظر: الزركلي، الأعلام، ج٦ص١٨٩.

- ابن الماجشون: العلامة الفقيه مفتي المدينة أبو مروان عبد الملك بن الإمام عبد العزيـــز بن عبد الله بن أبي سلمة بن الماجشون التيمي، تلميذ الإمام مالك، كان ضريرا، قيل إنه عمي في آخر عمره، قال يحيى بن أكثم: كان عبد الملك بحرا لا تكدره الدلاء، تـــوفي ســـنة ٢١٣

وقيل ٢١٤هـ. انظر: الذهبي، **سير أعلام النبلاء**، ج١٠ ص ٣٥٩-٣٦٠. الشيرازي، **طبقات الفقهاء**، ج١ ص١٥٣.

- المزني: إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق أبو إبراهيم المزني المصري الفقيه الإمام صاحب التصانيف، أخذ عن الشافعي، وكان يقول: أنا خلق من أخلاق الشافعي، قيل فيه: كان زاهدا عالما مجتهدا مناظرا محجاجا غواصا على المعاني الدقيقة، قال الشافعي: المزني ناصر مذهبي، ولد سنة ١٧٥، وتوفي ٢٦٤هـ. انظر: **طبقات الشافعية**، ج٢ ص ٥٨. الشيرازي، **طبقات الفقهاء**، ج١ ص١٠٩.
- مطرف: أبو مصعب مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان، صحب مالكا عشرين سنة وتفقه به وبعبد العزيز بن الماجشون وابن كنانة وآخرون، وتوفي بالمدينة سنة عشرين ومائتين. انظر: الشيرازي، **طبقات الفقهاء**، ج١ ص١٥٣.

الملاحق

فهرس الآيات

الآية	السورة ورقم الآية	الصفحة التي وردت فيها
﴿يَمْحُوا اللَّهُ مَا يَشَاءُ وَيُثْبِتُ﴾	سورة الرعد، آية (٣٩)	١٤
﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ﴾	سورة الحديد، آية (٢٥)	٢٢
﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِن قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالاً نُوحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لا تَعْلَمُونَ، بِالْبَيِّنَاتِ﴾	سورة النحل، آية (٤٣-٤٤)	٢٢
﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِن بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمُ الْبَيِّنَةُ﴾	سورة البينة، آية (٤)	٢٢
﴿قُلْ إِنِّي عَلَى بَيِّنَةٍ مِن رَّبِّي﴾	سورة الأنعام، آية (٥٧)	٢٢
﴿أَفَمَن كَانَ عَلَى بَيِّنَةٍ مِن رَّبِّهِ﴾	سورة هود، آية (١٧)	٢٢
﴿أَمْ آتَيْنَاهُمْ كِتَاباً فَهُمْ عَلَى بَيِّنَتٍ مِنْهُ﴾	سورة فاطر، آية (٤٠)	٢٣
﴿ أَوَلَمْ تَأْتِهِمْ بَيِّنَةُ مَا فِي الصُّحُفِ الْأُولَى﴾	سورة طه، آية (١٣٣)	٢٣
﴿وَعَرَضْنَا جَهَنَّمَ يَوْمَئِذٍ لِلْكَافِرِينَ عَرْضاً﴾	سورة الكهف، آية (١٠٠)	٣٤
﴿ مَجْمَعَ الْبَحْرَيْنِ﴾	سورة الكهف، آية (٦٠)	٥٠
﴿فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ وَشُرَكَاءَكُمْ﴾	سورة يونس، آية (٧١)	٥٠
﴿ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾	سورة آل عمران، آية (٤٤)	٧٢

الآية	السورة ورقم الآية	الصفحة التي وردت فيها
﴿وَإِنَّ يُونُسَ لَمِنَ الْمُرْسَلِينَ، إِذْ أَبَقَ إِلَى الْفُلْكِ الْمَشْحُونِ ، فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾	سورة الصافات، آية (١٣٩-١٤٠)	٧٢
﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾	سورة المائدة، آية (٩٠)	٧٤
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾	سورة النساء، آية (١٣٥)	٩٨
﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾	سورة النور، آية (٤)	١٠١
﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ...﴾	سورة البقرة، آية (٢٨٢)	١٠٧، ١١٦، ١٢٨، ١٨٠، ١٨٣
﴿ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾	سورة المائدة، آية (١٠٦)	١٠٨
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾	سورة الحجرات، آية (٦)	١١٠
﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾	سورة الطلاق، آية (٢)	١١٠، ١٨٠، ١٨٣
﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ ... مِنَ الصَّادِقِينَ﴾	سورة النور، آية (٦-٩)	١٣٨
﴿وَوَجَدَكَ عَائِلًا فَأَغْنَى﴾	سورة الضحى، آية (٨)	٢٠٤

فهرس الأحاديث

يكتفى بذكر رقم الصفحة التي ورد فيها الحديث أول مرة فقط.

الحديث	الصفحة التي ورد فيها
(ألا أخبركم بخير الشهداء؟ الذي يأتي بشهادته قبل أن يسأله)	هامش صفحة ١٥
(البينة أو حد في ظهرك)	هامش صفحة ١٨
(ألك بينة؟)	صفحة ١٨ الهامش
من أقرّ عند النبي ﷺ بالزنا....	هامش صفحة ١٩
(شاهداك أو يمينه)	صفحة ١٩ الهامش
(البينة على المدعي)	**صفحة ٢٣**
(ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم...)	صفحة ٢٦
اختصم سعد بن أبي وقاص	صفحة ٢٩
(أن جبريل يعارضني بالقرآن كل سنة وأنه عارضني العام مرتين، ولا أراه إلا حضر أجلي)	صفحة ٣٤
(ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن)	صفحة ٤٤
الرجلين الذين اختصما إلى النبي ﷺ في بعير	صفحة ٤٥
أن رجلين ادعيا دابة	صفحة ٥٩
(لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه لاستهموا)	صفحة ٧٢
عنها أن النبي ﷺ كان إذا أراد سفرا	صفحة ٧٣
أن رجلا أعتق ستة مملوكين له	صفحة ٧٣
أن رسول الله ﷺ عرض على قوم اليمين	صفحة ٧٣
(استهما على اليمين ما كان، أحبا ذلك أو كرها)	صفحة ٧٣
(إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي)	صفحة ٧٣
الرجلين اللذين اختصما إلى النبي ﷺ في أمر فجاء كل واحد منهما بشهود عدول	صفحة ٧٧
(والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله...)	صفحة ٩١

الحديث	الصفحة التي ورد فيها
(خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك)	صفحة ٩٩
(إن أخاك محتبس بدينه فاقض عنه)	صفحة ٩٩
(من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه)	صفحة ١٠٠
(لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمتها)	صفحة ١٠١
(أكرموا الشهود فإن الله تعالى يحيي الحقوق بهم)	صفحة ١٠٨
(...أترى الشمس؟ قال نعم، قال: فعلى مثلها فاشهد، أو دع)	صفحة ١١٠
مضت سنة الرسول ﷺ والخليفتين	صفحة ١١٢
(ادرؤوا الحدود عن المسلمين...)	صفحة ١١٤
(... أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل)	صفحة ١١٦
(كيف وقد قيل؟ دعها عنك أو نحوه)	صفحة ١١٧
(يجزئ في الرضاع شهادة امرأة واحدة)	هامش صفحة ١١٧
(شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه)	هامش صفحة ١١٧
الشاهد واليمين	صفحة ١٢٠
(ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه، يبيت ليلتين...)	صفحة ١٢٨
(إن الله حبس عن مكة الفيل...)	صفحة ١٢٩
كتب وصية عظيم فارس، وإلى عظيم الروم...	صفحة ١٢٩
حديث المتلاعنين	صفحة ١٣٨
(عليكم بالجماعة، فإن الشيطان مع الواحد ...)	صفحة ١٨١
النبي ﷺ أنه دعي إلى الصلاة وكان يأكل لحما مشويا	صفحة ١٩٣
(فاطمة بضعة مني يريبني ما رابها)	صفحة ٢٠٣
(أنت ومالك لأبيك)	صفحة ٢٠٣
(الولد مبخلة مجبنة محزنة)	صفحة ٢٠٣
(لا تقبل شهادة الولد لوالده...)	هامش صفحة ٢٠٤
(لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة...)	هامش صفحة ٢٠٤
(لا تجوز شهادة ذي الظنة والحنة)	هامش صفحة ٢٠٤

قائمة المصادر والمراجع

إبراهيم، أحمد بك وإبراهيم، واصل علاء الدين، (٢٠٠٣). **طرق الإثبات الشرعية**. (طبعة رابعة). الأزهرية للتراث.

أحمد، الإمام أحمد ابن حنبل، (١٤٠٨-١٩٨٨). **في العلل ومعرفة الرجال**. (ط١). تحقيق وصي الله بن محمد، بيروت – الرياض: المكتب الإسلامي، دار الخاني.

الأسيوطي، محمد بن أحمد المنهاجي. **جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود**. بيروت: دار اليوسف.

الألباني، محمد ناصر الدين، (١٤٠٨-١٩٨٨). **صحيح سنن ابن ماجة**. (ط٢). بيروت: المكتب الإسلامي.

ـــ ـــ (١٤٠٥-١٩٨٥). **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**. (ط٢). بيروت: المكتب الإسلامي.

ـــ ـــ (١٤٢١-٢٠٠٠). **السلسلة الضعيفة**. (ط١). الرياض: مكتبة المعارف.

ـــ ـــ **السلسلة الضعيفة**. الرياض: مكتبة المعارف.

ابن أمير الحاج، محمد بن محمد. **التقرير والتحبير في شرح التحرير**. دار الكتب العلمية.

الأندلسي، عمر بن علي الواداشي، (١٤٠٦هـ). **تحفة المحتاج**. (ط١). تحقيق اللحياني، مكة: دار حراء.

الأنصاري، أبو يحيى زكريا، (١٤١٨). **فتح الوهاب**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية.

الأنصاري، أبو يحيى زكريا. **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**. دار الكتاب الإسلامي.

ـــ ـــ **شرح البهجة**، المطبعة الميمنية.

الأنصاري، عبد العلي محمد بن نظام الدين، **فواتح الرحموت**، مطبوع مع المستصفى للغزالي.

أنيس، إبراهيم ومنتصر، عبد الحليم والصوالحي، عطية وأحمد، محمد خلف الله. **المعجم الوسيط**. (طبعة ثانية).

البابرتي، **العناية**، مطبوع مع تكملة فتح القدير لقاضي زاده.

الباجي، سليمان بن خلف. **المنتقى شرح الموطأ**. دار الكتاب الإسلامي.

ـــ ـــ (١٤٢٢-٢٠٠٢). **فصول الأحكام**. (ط١).تحقيق أبو الأجفان، الرياض: التوبة، وبيروت: دار ابن حزم.

البجيرمي، سليمان بن عمر بن محمد. **حاشية البجيرمي على المنهج**. دار الفكر العربي.

البخاري، عبد العزيز. **كشف الأسرار**. دار الكتاب الإسلامي.

البخاري، محمد بن إسماعيل، (ت٢٥٦هـ). **صحيح البخاري**. (ط٣)، عدد مجلدات ٤، تحقيق: محمد ديب البُغا، بيروت: دار ابن كثير، (١٤٠٧هـ- ١٩٨٧).

ـ ـ **التاريخ الكبير**. تحقيق هاشم الندوي، دار الفكر.

بر، آمنة فتنت مسيكة، (١٩٩٦م). **واقع المرأة الحضاري في ظل الإسلام**. (ط١). بيروت: الشركة العلمية للكتاب.

البرزنجي، عبد اللطيف عبد الله، (١٤١٣-١٩٩٣). **التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية.

البركتي، محمد عميم الإحسان المجددي، (١٤٠٧-١٩٨٦). **قواعد الفقه**. (ط١). دار الصدف بيلشرز.

البزار، أبو بكر أحمد بن عمرو، (١٤٠٩). **المسند**. (ط١). بيروت: مؤسسة الرسالة، ومكتبة العلوم والحكم.

البزدوي، علي بن محمد. **الأصول**. مطبوع مع كشف الأسرار للبخاري، دار الكتاب الإسلامي.

أبو البصل، عبد الناصر، (١٩٩٩م). **شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية**. (ط١). عمان: دار الثقافة.

البغدادي، الأستاذ عبد القاهر، (١٩٧٨م). **الفرق بين الفرق**. (ط٢). بيروت: دار الآفاق الجديدة.

البغدادي، أحمد بن علي الخطيب. **تاريخ بغداد**. بيروت: دار الكتب العلمية.

البكري، محمد شطا الدمياطي. **حاشية إعانة الطالبين**. دار الفكر.

بلتاجي، محمد، (١٤٢٠-٢٠٠٠). **مكانة المرأة في القرآن والسنة الصحيحة**. (ط١). دار السلام.

بهنسي، الدكتور أحمد فتحي، (١٤١٢-١٩٩١). **الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي**. بيروت: دار النهضة العربية.

البهوتي، منصور بن يونس، (ت ١٠٥١هـ). **شرح منتهى الإيرادات**. بيروت: عالم الكتب.

_ _ الروض المربع. (ط١). القاهرة: مكتبة التراث الإسلامي، (١٤١٥هـ).

_ _ **كشاف القناع**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤١٨-١٩٩٧).

البوطي، محمد سعيد رمضان، (١٤١٧-١٩٩٦). **المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني**. (ط١). دمشق: دار الفكر، وبيروت: دار الفكر المعاصر.

البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، (ت٤٨٥هـ)، **السنن الكبرى**. تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكة: دار الباز(١٤١٤-١٩٩٤).

الترمذي، أبو عيسى، (ت٢٩٧هـ)، **جامع الترمذي**. (ط١). دمشق: دار الفيحاء، والرياض: ودار السلام، (١٤٢٠هـ).

التاودي، أبو عبد الله محمد. **حلى المعاصم**، مطبوع في حاشية البهجة للتسولي.

التسولي، علي بن عبد السلام، (١٣٩٧-١٩٧٧). **البهجة في شرح التحفة**. (ط٣). بيروت: دار المعرفة.

التفتازاني، مسعود بن عمر. **التلويح شرح التوضيح**. مصر: مكتبة صبيح.

ابن تيمية، أحمد عبد الحليم، (ت٧٢٨هـ). **مجموع الفتاوى والرسائل**. تحقيق: عبد الرحمن محمد النجدي، مكتبة ابن تيمية.

_ _ **السياسة الشرعية**. مكتبة ابن تيمية.

ابن الجارود، عبد الله بن علي، (١٤٠٨-١٩٨٨). **المنتقى**. (ط١). تحقيق: عبد الله البارودي، بيروت: مؤسسة الكتاب الثقافية.

الجرجاني، عبد الله بن عدي، (ت ٣٦٥هـ)، **الكامل في الضعفاء**. (ط٣). تحقيق يحيى مختار غزاوي، بيروت: دار الفكر، (١٤٠٩-١٩٨٨).

_ _ (١٩٧٨). **التعريفات**. بيروت: مكتبة لبنان، وطبعة دار الكتاب العربي.

الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي، **أحكام القرآن**، دار الفكر. وطبعة دار إحياء التراث العربي.

الجوهري، إسماعيل بن حماد، (١٤١٤-١٩٩٤). **الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية)**. (ط٣). تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، بيروت: دار العلم للملايين.

الحاكم، محمد بن عبد الله النيسابوري، (ت ٤٠٥هـ)، **المستدرك**. (ط١). تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، بيروت: دار الكتب العلمية، (١٤١١-١٩٩٠).

الحجاز، حلمي محمد، (١٤١٦هـ-١٩٩٦م). **القانون القضائي الخاص**. (طبعة ثالثة). بيروت.

ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، (ت ٨٥٢هـ)، **الدراية في تخريج أحاديث الهداية**. تحقيق عبد الله المدني، بيروت.

_ _ **التلخيص الحبير**. تحقيق عبدالله المدني، المدينة المنورة، (١٣٨٤-١٩٦٤).

_ _ **تهذيب التهذيب**، دار صادر، بيروت.

_ _ **فتح الباري شرح صحيح البخاري**. تحقيق فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار المعرفة، (١٣٧٩هـ).

ابن حجر. **تهذيب التهذيب**. بيروت: دار صادر.

_ _ **الأمالي المطلقة**. (ط١). تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي، بيـروت: المكتـب الإسـلامي، (١٩٩٥م).

ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد، (ت ٤٥٦هـ). **المحلى بالآثـار**، تحقيق عبد الغفار البنداري، بيروت: دار الكتب العلمية.

الحسام الشهيد، عمر بن عبد العزيز، (١٤١٤-١٩٩٤). **شرح أدب القاضـي**. (ط١). بيـروت: دار الكتب العلمية.

ابن حسين المكي، محمد بن الحسين. **تهذيب الفروق**. مطبوع مع الفروق.

الحصكفي، محمد بن علي. **الدر المختار** مطبوع مع حاشية ابن عابدين.

الحلي، جعفر بن الحسن. **شرائع الإسلام**. مؤسسة مطبوعاتي إسماعليان.

حمزة، الشيخ محمود. **الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة**. دمشق: مطبعة نهج الصواب.

الحموي، أحمد بن محمد. **غمز عيون البصائر**. دار الكتب العلمية.

ابن حيان، محمد بن حبان، (ت ٣٥٤هـ). **الـصحيح**. (ط٢). تحقيق: شعيب الأرنؤوط، بيروت: مؤسسة الرسالة، (١٤١٤-١٩٩٣).

حيدر، علي. **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**. دار الجيل.

الخرشي، محمد بن عبدالله. **حاشية على مختصر سيدي خليل**. دار الفكر.

الدار قطني، علي بن عمر البغدادين، (ت ٣٨٥هـ). **السنن**، تحقيـق عبـدالله هاشـم المـدني، بيروت: دار المعرفة، (١٣٨٦-١٩٦٦).

الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمن، (ت ٢٥٥هـ)، **السنن**. (ط١). تحقيق: فواز زمرلي، وخالد العلمي، القاهرة: دار الريان، وبيروت: دار الكتاب العربي، (١٤٠٧-١٩٨٧).

داماد، عبد الرحمن بن محمد. **مجمع الأنهر**. دار إحياء التراث العربي.

أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، (ت ٢٧٥هـ). في **السنن**. بيروت: دار الفكر.

الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد. **الشرح الصغير**. مطبوع مع بلغة السالك.

ـــ **الشرح الكبير**. مطبوع مع حاشية الدسوقي.

الدسوقي، محمد بن عرفة. **حاشية على الشرح الكبير**. دار إحياء الكتب العربية.

ابن أبي الدم، (١٤٠٧هـ). **أدب القضاة. (ط١)**. بيروت: دار الكتب العلمية.

الذهبي، شمس الدين، (ت ٧٤٨هـ). **سير أعلام النبلاء**. (ط٩). تحقيق شعيب الأرناؤوط، (١٤١٣هـ).

الرازي، محمد بن عمر، (١٤٠٠هـ). **المحصول**. (ط١). تحقيق طه جابر العلواني. الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود.

الرحيباني، مصطفى بن سعيد بن عبده. **مطالب أولي النهى**. المكتب الإسلامي.

ابن رشد، محمد بن أحمد القرطبي، (١٤٠٩-١٩٨٨). **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**. (ط٩). بيروت: دار المعرفة.

الركبي، محمد بن احمد بن بطال. **النظم المستعذب**. مطبوع مع المهذب.

الرملي، محمد بن شهاب الدين الشهير بالشافعي الصغير. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**. دار الفكر.

الزبيدي: محمد مرتضى الزبيدي. **تاج العروس من جواهر القاموس**. بيروت: منشورات مكتبة الحياة.

الزحيلي، محمد، (١٤١٤-١٩٩٤). **وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية**. (طبعة ثانية). دمشق – بيروت: مكتبة المؤيد، ومكتبة دار البيان.

الزرقا، أحمد بن مصطفى، (١٣٨٧-١٩٦٨). **المدخل الفقهي العام**. (ط١٠). دمشق: دار الفكر.

الزركشي، بدر الدين بن محمد. **البحر المحيط**. دار الكتبي.

الزركلي، خير الدين، (١٩٩٠م).**الأعلام**. (ط٩). بيروت، ج١ ص٣٧.

الزيلعي، عبدالله بن يوسف، (١٣٥٧هـ). **نصب الراية**. (ط١). تحقيق البنوري، مصر: دار الحديث.

الزيلعي، عثمان بن علي. **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**. دار الكتاب الإسلامي.

السبكي، تقي الدين بن عبد الكافي، (١٤١٢-١٩٩٢). **فتاوى السبكي**. (ط١). تحقيق حسام الدين القدسي، بيروت: دار الجيل.

السخاوي، **الضوء اللامع لأهل القرن التاسع**. بيروت: دار الحياة، ج٢ ص٣٦.

السرخسي، شمس الدين، (ت ٤٩٠هـ)، **المبسوط**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، (١٤١٤-١٩٩٣).

_ _ **الأصول**. (ط١). تحقيق أبي الوفا الأفغاني، بيروت: دار الكتب العلمية، (١٤١٤-١٩٩٣).

السروجي، أحمد بن ابراهيم، (١٤١٨هـ-١٩٩٧م). **أدب القاضي**. (ط١). تحقيق: صدقي بن محمد ياسين، بيروت: دار البشائر الاسلامية.

سعدي أفندي، سعد الله بن عيسى. **الحاشية**. مطبوع مع فتح القدير.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد، (١٩٥٦). **الوسيط في شرح القانون المدني**. القاهرة: دار النشر للجامعات العربية.

السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، (ت ٩١١هـ). **الأشباه والنظائر**. دار الكتب العلمية.

_ _ **طبقات الفقهاء**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، (١٤٠٣هـ).

_ _ **طبقات الحفاظ**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، (١٤٠٣هـ).

الشافعي، محمد بن إدريس، (ت ٢٠٤هـ). **الأم**. بيروت: دار المعرفة.

ابن الشاط، قاسم بن عبد الله. **حاشيته إدرار الشروق على أنوار الفروق**، مطبوع مع الفروق.

الشربيني، محمد الخطيب، (١٣٧٧هـ-١٩٥٨م). **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**. مصر: مطبعة البابي الحلبي.

شرفي، عبد الرحمن محمد، (١٤٠٦-١٩٨٦). **تعارض البينات القضائية**.

الشرقاوي، عبد المنعم، (١٩٨٢). **الإثبات في المواد المدنية**.

الشرواني، عبد الحميد وابن القاسم، أحمد العبادي. **حاشيتان على تحفة المحتاج للهيتمـــي**. دار الفكر.

شلتوت، محمود، (١٤١٠-١٩٦٥). **الإسلام عقيدة وشريعة**. (ط١٦). القـــاهرة: دار الـــشروق، ص٢٣٩.

الشهرستاني، أبو الفتح عبدالكريم. **الملل والنحل**. تحقيق محمد كيلانـــي، بيـــروت: دار الثقافـــة العربية.

الشوكاني، محمد بن علي. **السيل الجرار**. (ط١). تحقيق: محمود إبراهيم زايـــد، بيـــروت: دار الكتب العلمية.

ــ ــ (١٤١٤-١٩٩٤). **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية.

ــ ــ **نيل الأوطار**. دار الحديث.

ــ ــ **البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع**. بيروت: دار المعرفة.

ابن أبي شيبة، عبدالله بن محمد، (ت ٢٣٥هـــ)، **المصنف**. (ط١). تحقيق كمال يوسف الحـــوت، الرياض: مكتبة الرشيد، (١٤٠٩هـــ).

الشيخ أحمد رضا، (١٣٧٨هـــ). **معجم متن اللغة**، بيروت: دار مكتبة الحياة.

الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام. (١٤٢١هـــ-٢٠٠٠م). **الفتاوى الهنديـــة**. (ط١). ضبط وتصحيح: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، بيروت: دار الكتب العلمية.

الشيرازي، أبو إسحاق، (ت ٤٧٦هـــ). **طبقات الفقهاء**. تحقيق خليل الميس، بيروت: دار القلم.

_ _ (١٤١٤-١٩٩٤). **المذهب**، بيروت: دار الفكر.

الصاوي، أحمد بن محمد، (١٣٧٢-١٩٥٢). **بلغة السالك**. (طبعة أخيرة).

الصنعاني، أحمد بن قاسم العنسي. **التاج المذهب**. مكتبة اليمن.

الصنعاني، محمد بن إسماعيل(ت ٨٥٢هـ)، (١٤١١-١٩٩٢). **سبل السلام**. (ط١). تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، بيروت: دار الفكر.

الطبراني، سليمان بن أحمد، (ت ٣٦٠هـ)، **المعجم الكبير**، (ط٢). تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي، بيروت: دار الفكر، (١٤٠٤-١٩٨٣).

_ _ **المعجم الأوسط**. تحقيق طارق بن عوض الله، وعبد المحسن الحسيني، القاهرة: دار الحرمين، (١٤١٥هـ).

الطرابلسي، علاء الدين علي بن خليل. **معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام**. دار الفكر.

ابن عابدين. محمد أمين، (١٤١٢-١٩٩٢). **حاشية رد المحتار**. بيروت: دار الفكر.

_ _ **منحة الخالق**، وهي حاشية على البحر الرائق، اعتمدتها تحت اسم: (منحة الخالق).

ـ ـ **العقود الدرية**. دار المعرفة.

العبادي، محمد بن علي. **الجوهرة النيرة**. المطبعة الخيرية.

عبد الرزاق، ابن همام الصنعاني، (ت٢١١هـ)، **المصنف**. بيروت: المكتب الإسلامي، (١٤٠٣هـ).

ابن عبد الرفيع، إبراهيم بن حسن، (١٩٨٩م). **معين الحكام**. تحقيق محمد بن قاسم بن عياد، بيروت: دار الغرب الإسلامي.

عبد العزيز، أمير، (١٤١٩-١٩٩٦). فقه الكتاب والسنة. (ط١). القاهرة: دار السلام.

العدوي، علي بن أحمد. **الحاشية**، مطبوع مع الخرشي.

ابن العربي، محمد بن عبدالله الأندلسي. **أحكام القرآن. دار الكتب العلمية.**

العز بن عبد السلام، عبد العزيز بن عبد السلام،(١٤٢١هـ). **القواعد الكبرى الموسوم بـ (قواعد الأحكام في إصلاح الأنام)**. (ط١). تحقيق: نزيه كمال حماد، وعثمان جمعة ضميرية،دمشق: دار القلم.

أبو العز، محمد بن علاء الدين الحنفي، (١٤٠٤هـ). **شرح العقيدة الطحاوية**. (ط٨). حققها جماعة من العلماء، وخرج أحاديثها الشيخ الألباني، بيروت - دمشق: المكتب الإسلامي.

أبو عبيد الله، القاسم بن سلام. (١٤٠٦-١٩٨٦). **الأموال**. (ط١). تحقيق محمد خليل هراس، بيروت: دار الكتب العلمية.

عليش، الشيخ محمد، (١٤٠٩-١٩٨٩). **منح الجليل**. بيروت: دار الفكر.

ابن العماد، شهاب الدين الحنبلي، (١٤٠٦-١٩٨٦). **شذرات الذهب**. (ط١). تحقيق محمود الأرنؤوط، دمشق - بيروت: دار ابن كثير.

العمر، أيمن محمد، (١٤٢٤-٢٠٠٣). **المستجدات في وسائل الإثبات**. (ط١). باقة الغربية: مركز البحوث والدراسات الإسلامية.

عياض، القاضي، (١٩٩٧م). **مذاهب الحكام في نوازل الأحكام**. (ط٢). تحقيق محمد بن شريفة، بيروت: دار الغرب الإسلامي.

ابن الغرس، بدر الدين محمد. **الفواكه البدرية في الأقضية الحكمية**، مطبوع مع **المجاني الزهرية** للرشيدي، محمد صالح بن إبراهيم الجارم، مطبعة النيل.

الغزالي، أبو حامد. **المستصفى من علم الأصول**. (ط٢). بيروت: دار الكتب العلمية.

الغزالي، محمد الغزالي (المعاصر)، (١٩٨٩م). **السنة النبوية بين أهل الفقه وأهل الحديث**. (ط٤). القاهرة - بيروت: دار الشروق.

الغزالي، نجم الدين، (١٩٧٩م). **الكواكب السائرة بأعيان المائة العاشرة**. (ط٢). تحقيق جبرائيل جبور، بيروت: دار الإتقان الجديدة.

الفراء، محمد بن أبي يعلى أبو الحسن. **طبقات الحنابلة**. تحقيق محمد حامد الفقي، بيروت: دار المعرفة.

الفتوحي، تقي الدين أبو البقاء. **شرح الكوكب المنير**. مطبعة السنة المحمدية.

فرج، توفيق وفرج، عصام،(٢٠٠٣م). **قواعد الإثبات**. بيروت: منشورات الحلبي.

ابن فرحون، إبراهيم بن محمد، (١٤١٦هـ-١٩٩٦م). **تبصرة** الحكام. (ط١). تعليق: جمال مرعشلي، بيروت: دار الكتب العلمية.

الفيروز آبادي، (١٣٧١-١٩٥٢). **القاموس المحيط**. (ط٢). مصر: مطبعة البابي الحلبي.

الفيومي، أحمد بن محمد. **المصباح المنير**. المكتبة العلمية.

ابن قاضي سماونة، محمود بن إسرائيل، (١٣٠١هـ). **جامع الفصولين**. (ط١). مصر: المطبعة الكبرى الميرية.

ابن قاضي شهبة. أبو بكر، (ت٨٥١هـ)، **طبقات الشافعية**. (ط١). تحقيق الحافظ عبد الحليم خان، بيروت: عالم الكتب، (١٤٠٧هـ).

ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، (ت٦٢٠هـ)، **المغني**. (ط١). بيروت: دار الفكر، (١٤٠٤-١٩٨٤).

القرافي. أحمد بن إدريس، (١٩٩٤م). **الذخيرة**. (ط١). محمد أبو خبزة، تحقيق محمد أبو خبزة، بيروت: دار الغرب الإسلامي.

ــ ــ (١٤٢٥-٢٠٠٤). **الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية.

ــ ــ (١٤١٨-١٩٩٨). **الفروق**. (ط١). بيروت: عالم الكتب.

القرضاوي، يوسف. **مركز المرأة في الحياة الإسلامية**. عمان: دار الفرقان.

القضاة. مفلح عواد، (١٤١٤هـ-١٩٩٤م). **البينات في المواد المدنية والتجارية**. (ط٢). عمان: جمعية المطابع التعاونية.

القضاعي، محمد بن سلامة، (١٤٠٧-١٩٨٦). **مسند الشهاب**. (ط٢). تحقيق حمدي السلفي، بيروت: مؤسسة الرسالة.

قلعه جي، محمد رواس، (١٤٢١-٢٠٠٠). **الموسوعة الفقهية الميسرة.** (طبعة أولى). بيروت: دار النفائس.

قليوبي، أحمد سلامة وعميرة، أحمد البرلسي. **حاشيتان على المحلي على منهاج الطالبين.** بيروت: دار إحياء الكتب العربية.

ابن القيم، محمد بن أبي بكر، (ت ٧٥١هـ)، **إعلام الموقعين عن رب العالمين.** (ط٢). ترتيب وتخريج: محمد عبد السلام، (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م).

_ _ **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية.** تعليق: بهيج غزاوي، بيروت: دار إحياء العلوم.

الكاساني، علاء الدين، (ت٥٨٧هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.** (ط١). بيروت: دار الفكر، (١٤١٧-١٩٩٦).

الكافي، محمد بن يوسف، (١٤١٥-١٩٩٤). **إحكام الأحكام على تحفة الحكام.** (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية.

الكرابيسي، أسعد بن محمد. **الفروق.** عالم الكتب.

الكناني، أحمد بن أبي بكر، (ت٨٤٠هـ)، **مصباح الزجاجة.** (ط٢). تحقيق محمد الكشناوي، بيروت: الدار العربية، (١٤٠٣هـ).

ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني. (ت ٨٤٠هـ)، **السنن.** تحقيق: فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار الفكر.

مالك، الإمام مالك بن أنس، (١٤١٥-١٩٩٤). **المدونة.** (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية.

الماوردي، أبو الحسن البصري، (١٣٩٢-١٩٧٢). **أدب القاضي**. تحقيق محيي هلال السرحان، بغداد: مطبعة المعاني.

ــ ــ أبو الحسن البصري، (١٤٠٥-١٩٨٥). **الأحكام السلطانية. (ط١)**. بيروت: دار الكتب العلمية.

ــ ــ (١٤١٤-١٩٩٤). **الحاوي الكبير**. (ط١). تحقيق معوض وعبد الموجود، بيروت: دار الكتب العلمية.

المباركفوري، محمد أبو العلا. **تحفة الأحوذي**. بيروت: دار الكتب العلمية.

أبو المحاسن، يوسف بن موسى الحنفي. **معتصر المختصر**. بيروت: عالم الكتب، والقاهرة: مكتبة المتنبي.

محيي الدين القرشي، عبد القادر القرشي الحنفي، (١٤١٣-١٩٩٣). **الجواهر المضيئة**. (ط٢). تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو، مصر: دار الهجرة

ابن المرتضى، أحمد بن يحيى. **البحر الزخار**. دار الكتاب الإسلامي.

المرداوي، علي بن سليمان بن أحمد. **الإنصاف**. دار إحياء التراث العربي.

مسلم، مسلم بن الحجاج، (ت ٢٦١هـ). **صحيح مسلم**. تحقيق: فؤاد عبد الباقي، القاهرة: دار إحياء التراث العربية.

المطرزي، ناصر عبد السيد أبو المكارم. **المغرب**. دار الكتاب العربي.

المطيعي، محمد نجيب، (١٤٢٣-٢٠٠٢). **تكملة المجموع**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية.

ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، (ت ٧٦٢هـ)، **المبدع**. بيروت: المكتب الإسلامي، (١٤٠٠-١٩٨٠).

المقدسي، شمس الدين أبو الفرج، أبن أخي صاحب المغني. **الشرح الكبير**، مطبوع مع المغني.

المقدسي، محمد بن عبد الواحد الحنبلي. **الأحاديث المختارة**. (ط١). مكة: مكتبة النهضة.

المكي، محمد علي بن الحسين. **تهذيب الفروق**. مطبوع مع الفروق.

ابن الملقن، عمر بن علي الأنصاري، (١٤١٠هـ). **خلاصة البدر المنير**. (ط١). تحقيق حمدي السلفي، الرياض: مكتبة الرشد.

المناوي، عبد الرؤوف، (ت ١٠٣١هـ)، **فيض القدير**. **(ط١)**. مصر: المكتبة التجارية الكبرى، (١٣٥٦هـ).

ابن منظور، محمد بن مكرم (١٤٠٨-١٩٨٨). **لسان العرب**. (ط١). تعليق علي شيري، بيروت: دار إحياء التراث العربي. وطبعة دار صادر، بيروت.

منلاخسرو، محمد بن فرموزا. **درر الحكام شرح غرر الأحكام**. دار إحياء الكتب العربية.

المواق، محمد بن يوسف العبدري، (ت ٨٩٧هـ). **التاج والإكليل**. دار الكتب العلمية.

ميارة، محمد بن أحمد الفاسي. **شرح ميارة**. دار المعرفة.

ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**. دار الكتاب الإسلامي.

ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، (١٤٠٠-١٩٩٢) **الأشباه والنظائر**. بيروت: دار الكتب العلمية.

النداوي، آدم وهيب، (٢٠٠١م). **دور الحاكم المدني في الإثبات**. (ط١). عمان: الدار العلمية، ودار الثقافة.

النسفي، عمر بن أحمد أبو حفص. **طلبة الطلبة**. بغداد: المطبعة العامرة مكتبة المثنى.

نشأت، أحمد. **رسالة الإثبات**. (طبعة سابعة).

النفراوي، أحمد ابن غنيم، (ت ١١٢٥هـ). **الفواكه الدواني**. دار الفكر، ج٢ص٢٢٣. ابن فرحون، **التبصرة**.

النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، (ت ٦٧٦هـ)، **شرح صحيح مسلم**. (ط٢). بيروت: دار إحياء التراث العربي، (١٣٩٢).

_ _ **روضة الطالبين وعمدة المفتين**. بيروت: دار الفكر، (١٤١٥-١٩٩٥).

ابن الهمام، كمال الدين، (ت ٦٨١هـ). **فتح القدير**. بيروت: دار الفكر.

الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي. **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**. دار إحياء التراث العربي.

ـــ **الفتاوى الكبرى**. المكتبة الإسلامية.

الجمل، سليمان بن منصور العجيلي. **الحاشية**. دار الفكر.

الهيثمي، علي بن أبي بكر، (ت ٧٠٨هـ)، **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**. القاهرة وبيروت: دار الريان، ودار التراث، (١٤٠٧هـ).

الوفائي الشرنبلاني، حسن بن عمار. **غنية ذوي الأحكام في بغية درر الحكام**. مطبوع مـــع درر الحكام لـــ منلا خسرو.

ياسين، محمد نعيم، (١٤٢٠-٢٠٠٠). **نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعــات المدنيــة والتجارية**. (ط٢). عمان: دار النفائس.

ـــ ـــ (١٤٠٤-١٩٨٤). **حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقــوانين الوضــعية**. (ط١). عمان: دار الفرقان.

الرسائل الجامعية:

العزايزة، عدنان، (١٩٩٢)، **القرائن وحجيتها في الإثبات**، رسالة جامعية غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

الدوريات:

إبراهيم الحمود، فتاوى، مجلة الدعوة الإسلامية، (١٦٥)، **www.aldaawah.com**.

حاتم صادق، الحمض النووي سلاح فعال لكشف غموض الجرائم، مجلة الوطن، (١٣١٠).

موقع www.smsma٤law.com.

THE CONTRADICTION AND THE OUTBALANCE IN THE CONFIRMATION WAYS

A COMPARATIVE LEGAL AND JURISTIC STUDY

By

Salim Ali Al- Rjoub

Supervisor

Dr. Muhammad Khalid Mansour

Abstract

This study investigates the outbalance ways between the incompatible confirmation ways in the sharpie and the law.

Two confirmation way (such as testimony with writing a testimony with the judges knowledge or a testimony with another testimony) may contradict as we need getting out of his contradiction ، an out lance is necessary in pursuit of a oust rule a way from any impurity or blemish that mares it this study is a step on the way by which the judge com exceed that contradiction so that his judgment may go ant in its cleaver and most beautiful image.

This study colonists of five chapters and an introduction .

The introduction discovers the confirmation way with respect to definition, generalization and restriction and importance .

The first chapter investigates contradiction and outbalance in general and between the warp of confirmation in particular . it also discourses the approved confirmation way in jurisprudence and law in case
eontradition occurs .

The second chapter is about reconciliation and grouping between the different incompatible ways of confirmation as one means of out balance .this includes applying both rituals from all slides or from some

The third chapter discourses the weak and string aspects of the confirmation way . It expounds the points of weakness as well as paints of strength in confirmation wowp ، each separately .

As for the fourth chapter . it talks about what surrounds the environment from circumstance and the extent to which that presumption could affect the outbalance .

As for the fifth chapter ، it discuses the falloff the pleas . which is a state that adjudge resorts to when outbalance becomes impossible because of complete contradiction .

Conclusion at the end in which the most important conclusions and recommendations that the researcher last reached are mutated.